This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

TRAITÉ

DU MARIAGE

ET DE SES EFFETS.

TOME II.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cie, rue Racine, 26.

TRAITÉ

DU MARIAGE

ET DE SES EFFETS

PAR

M. ALLEMAND,

ANCIEN BATONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE RIOM,
CHEVALIER DE LA LÉGION D'HONNEUR,
MEMBRE DE L'ACADÉMIE DES SCIENCES, ARTS ET BELLES-LETTRES
DE CLERMONT FERRAND.

TOME DEUXIÈME.

PARIS.
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE,
RUE DES GRÈS, N° 5.

1853

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
205115
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS.
R 1901 L.

TRAITÉ
DU MARIAGE
ET DE SES EFFETS.

TITRE V.

DE L'INFLUENCE DU MARIAGE SUR L'ÉTAT DES ENFANTS NÉS DES DEUX ÉPOUX OU DE L'UN D'EUX OU SUR CELUI DES ENFANTS ADOPTIFS.

Ce titre se divise naturellement en trois chapitres :

Le premier qui sera consacré à fixer les conditions de la légitimation des enfants naturels nés des deux époux ;

Le second à traiter de la filiation légitime ;

Le troisième à indiquer le sort des enfants naturels non légitimés et celui des enfants adoptifs.

CHAPITRE Ier.

De la légitimation des enfants naturels.

SOMMAIRE.

638. *De la légitimation dans le droit romain.*
639. *De la légitimation dans l'ancien droit français.*
640. *Elle s'opérait par la seule force du mariage des père et mère.*
641. *Elle s'appliquait à tous les enfants reconnus soit avant, soit après le mariage.*
642. *Mariages qui n'opéraient pas la légitimation.*
643. *De la légitimation par lettres du prince ou par rescrit de la Cour de Rome.*

644. *Motifs qui, dans le droit nouveau, ont fait rejeter la légitimation, par lettres du prince et admettre celle par mariage subséquent.*
645. *Texte de la loi. — Innovation importante qu'elle établit et motifs.*
646. *Les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent être légitimés.*
647. Quid *si le père ou la mère a ignoré le caractère aggravant ?*
648. Quid *des effets, quant à la légitimation, des mariages faits en pays étrangers ?*
649. *Pour refuser la légitimation de l'enfant adultérin ou incestueux, il faut que le vice soit clairement prouvé.*
650. *Si la nullité du mariage est prouvée le vice d'adultère disparaît.*
651. *Le mariage subséquent légitime-t-il les enfants nés antérieurement d'un oncle et d'une tante, d'un beau-frère et d'une belle-sœur ?*
652. *Controverse sérieuse.*
653. *Solution pour la légitimation dans tous les cas.*
654. *Même décision relativement à un enfant conçu avant la loi du* 16 *avril* 1832.
655. Quid *si la naissance de l'enfant naturel a été séparée, par un mariage intermédiaire, de celui qui est invoqué pour la légitimation?*
656. Quid *si la reconnaissance est postérieure au mariage intermédiaire duquel sont nés des enfants ?*
657. *Le mariage subséquent d'un prêtre légitime-t-il les enfants nés du concubinage du prêtre ?*
658. *Légitime-t-il les enfants conçus avant l'âge ou les père et mère pouvaient se marier ?*
659. *Le mariage subséquent légitime-t-il l'enfant naturel reconnu par un père mineur ?*
660. *L'enfant mort civilement ne peut être légitimé.*
661. Quid *par un mariage fait* in extremis?
662. *On peut légitimer par un mariage secret mais non clandestin.*
663. *L'enfant naturel reconnu par un autre que son vrai père peut-il être légitimé par celui-ci ?*
664. Quid *de la mère ?*
665. *Comment faire cesser l'obstacle ?*
666. *L'adoption empêche-t-elle la légitimation par un autre que le père adoptif?*
667. *Peut-on légitimer un enfant malgré lui ?—Controverse.*
668. *Si l'enfant prouve la fausseté de la reconnaissance par des circonstances qui signalent cette fausseté, la légitimation est nulle. — Arrêt sur la question.*
669. Quid *de la légitimation d'un enfant né avant le mariage fait*

en pays étranger d'un Français et d'une étrangère, ou d'un étranger avec une Française ou de deux étrangers, malgré une naturalisation postérieure des père et mère ? — Distinction.

670. *La reconnaissance de l'enfant devant précéder la légitimation comment doit-elle être faite?*

671. *Que peut valoir la déclaration de maternité faite dans l'acte de naissance hors la présence de la mère ?*

672. *Les enfants naturels nés avant le Code civil de père et mère mariés avant l'émission du Code civil ont-ils été légitimés par le mariage, quelle que soit l'époque de la reconnaissance ? — Distinction et divers cas.*

673. *La légitimation peut avoir lieu en faveur d'un enfant naturel décédé qui a laissé des descendants.*

674. *Les légitimations frauduleuses peuvent être attaquées.*

675. *Des droits des enfants légitimes. — Renvoi.*

638. La légitimation est un bienfait de la loi qui attribue aux enfants naturels les droits et les honneurs de la légitimité.

Elle était inconnue dans le droit romain primitif. Mais sous les empereurs les lois introduisirent plusieurs moyens d'effacer la tache de l'origine. Le Code ou les Novelles présentent six modes de légitimation.

Une loi des empereurs Théodose et Valentinien déclara légitime tout enfant naturel que son père ferait entrer dans la classe des décurions si c'était un mâle, ou qu'il marierait à un décurion si c'était une fille. Loi 3, C. *de naturalibus liberis* (1).

Ce moyen de légitimation fut confirmé et régularisé par la loi 4, au même titre, des empereurs Léon et Anthémius, et surtout par la novelle 89 de l'empereur Justinien qui permit aussi à l'enfant naturel de se légitimer lui-même en se présentant à la curie, pourvu cependant que son père n'eût pas d'enfant légitime.

(1) Les décurions étaient des officiers chargés de l'administration des revenus communs et de la perception des octrois. On s'en procurait difficilement.

Les enfants légitimés de cette manière ne succédaient qu'à leur père et seulement encore dans les biens situés dans le territoire de la ville au service de laquelle ils s'étaient dévoués.

L'empereur Anastase, par la loi 6 au Code, même titre, avait permis aux pères, qui n'avaient pas d'enfants légitimes, d'adopter leurs enfants naturels et de les rendre ainsi capables de leur succéder; mais l'empereur Justin abolit ce mode de légitimation afin d'obliger ses sujets de se marier. (V. la loi 7, C. *Ibid.*)

Justinien confirma cette abolition par la novelle 74, chapitre 3; mais il introduisit un nouveau mode de légitimation par le chap. 2, en permettant à un père qui n'avait pas d'enfants légitimes, et qui, ayant des enfants naturels, avait eu de bonnes raisons pour ne pas épouser leur mère, de légitimer ses enfants naturels et de les instituer ses héritiers. Mais il fallait que ce testament fût confirmé par l'empereur. Cette légitimation était un bienfait de la nature et et de la loi *donum patris et principis, id est, naturæ simul et legis.*

Un autre mode de légitimation fut établi par la novelle 117, chap. 2, d'après laquelle si un père, dans un acte entre-vifs ou à cause de mort, qualifiait de son *fils* sans ajouter *naturel*, un des enfants qu'il avait eus d'une femme libre avec laquelle il aurait pu se marier, non-seulement cet enfant, mais encore tous ceux qu'il avait eus de la même mère étaient considérés comme légitimes, et la mère était élevée à la dignité d'épouse.

Cependant cette novelle introduisait moins un nouveau mode de légitimation qu'elle ne reconnaissait l'existence d'un mariage qui, chez les Romains, se formait par le seul consentement, sans le concours d'aucune formalité, et que l'intention reconnue suffisait seule pour établir. *Ex hoc enim et cum eorum matre monstratur legitimum habuisse matrimonium*, dit la novelle.

Le cinquième mode de légitimation avait lieu par le mariage subséquent.

Introduit d'abord par l'empereur Constantin, ensuite par l'empereur Zénon, mais restreint par chacun de ces princes aux enfants naturels nés à l'époque de la promulgation de chacune de ces constitutions, ce mode fut étendu par l'empereur Anastase, à l'avenir et au père qui, n'ayant pas d'enfants légitimes, épouserait la femme dont il avait des enfants naturels. (L. 5 et 6 du Code de natural. lib.)

Cette constitution fut confirmée, en 529, par l'empereur Justinien, sous le Consulat de Décius, par la loi 10 au Code. — *De naturalibus liberis*, dont les motifs sont remarquables, *cum enim adfectio prioris sobolis et ad dotalia instrumenta efficienda et ad posteriorum filiorum edendam progeniem præstiterit occasionem, quomodò non est iniquissimum ipsam stirpem secondæ posteritatis priorem quasi injustam excludere.*

Justinien, par sa novelle 12, chap. 4, autorisa ce mode de légitimation même pour le cas où le père aurait des enfants légitimes, pourvu qu'ils fussent nés après la dissolution du mariage qui aurait donné le jour à ceux-ci.

Les novelles 18, chap. 11, 78, chap. 3 et 4, et 89, chapitre 8, donnèrent plus d'extension à ce moyen de légitimation et abolirent la condition de la non existence d'enfants légitimes. La dernière novelle permit de légitimer de cette manière tous les enfants naturels nés de femmes avec lesquelles on pouvait vivre tacitement en concubinage, sans exiger comme le droit de Constantin que la concubine fût de condition ingénue. La novelle 18, par son dernier chapitre, veut que les enfants nés d'une concubine affranchie aient le même avantage. Cette novelle et la novelle 78 autorisent même la légitimation par mariage subséquent d'enfants naturels nés d'une concubine esclave.

Le 6e mode de légitimation s'opérait par lettres du prince. Il fut établi par le chap. 2 de la novelle 74 de Justinien. Elle

attribuait à l'enfant tous les droits d'un enfant légitime, même ceux de succession en ligne collatérale comme en ligne directe ; mais elle n'était accordée que lorsqu'il n'y avait pas d'enfant légitime et sur la demande du père, pour sa consolation (1).

639. De toutes ces manières de légitimer, le droit français n'avait adopté que le mariage subséquent et les lettres du prince.

Cependant, d'après le droit canonique, la profession religieuse légitimait à certains égards les enfants naturels et les rendait capables de recevoir les ordres sans dispense. Mais elle ne les habilitait pas à posséder des prélatures (2).

Le droit canonique adopté par le droit français a été plus indulgent que le droit romain pour la légitimation des enfants nés avant le mariage. Le droit romain ne permettait cette légitimation qu'aux enfants nés *ex concubinatu*, qui était une union permise par les lois et un vrai mariage naturel, et il en excluait les autres enfants naturels appelés *spurii*, tandis que le droit canonique en accorde le bénéfice à tous les enfants naturels, quoique nés d'une union illicite, pourvu que, lors du commerce qui leur a donné le jour, leurs père et mère aient été capables de contracter mariage ensemble.

L'exception était fondée sur la supposition que, lors du commerce charnel, les père et mère avaient intention de contracter mariage ensemble, que par la violence de la passion ils avaient succombé à la tentation d'en prévenir le moment et que le commerce n'avait été qu'une espèce d'anticipation du mariage qu'ils se proposaient alors de contracter et qu'ils ont contracté plus tard.

Cette supposition ne pouvant être faite dans le cas où les père et mère étaient incapables de contracter mariage ensemble, par exemple lorsque l'un d'eux était marié, la légitimation n'était pas permise.

(1) V. sur la légitimation dans l'ancien droit, Merlin, Répertoire, v. *Légitimation*, et Pothier, *du Mariage*, nos 409 et suivants.

(2) Chap. 1, aux Décrétales, de *filiis presbyterorum*.

640. La légitimation par mariage subséquent faisait acquérir les droits de famille, non-seulement à l'enfant, mais encore aux descendants de celui-ci, quoique nés comme lui avant le mariage.

Mais si l'enfant naturel était mort avant le mariage, la question de légitimation des petits-enfants nés de lui était controversée.

Cette difficulté a été résolue par le Code civil, ainsi que plusieurs autres que nous avons déjà examinées dans le précédent paragraphe, et dont nous parlerons dans celui-ci.

641. La légitimation s'opérait par la seule force du mariage des père et mère de l'enfant naturel, sans qu'il fût besoin que ceux-ci exprimassent une volonté formelle à cet égard. *Tanta est vis matrimonii ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Il fallait seulement que les enfants eussent été reconnus avant le mariage ou qu'ils le fussent après, ou qu'ils pussent justifier leur état.

Selon Pothier, les enfants ne pouvaient pas s'opposer à la légitimation : Merlin énonce dans son Répertoire un avis opposé. (*Verbo Légitimation*, section 2, § 2, n° 14.)

642. Les mariages tenus secrets, ceux contractés *in extremis* ne légitimaient pas parce que la déclaration de 1639, art. 5 et 6, les privait des effets civils.

Il en était de même, d'après l'art. 7, des mariages contractés par des condamnés à mort. La loi ne considérait même pas comme légitimes les enfants nés de ces unions.

643. La légitimation par lettres du prince était admise en France. Elle pouvait être attribuée même aux bâtards incestueux ou adultérins, suivant les usages reçus en France et la jurisprudence des arrêts.

Mais il fallait que le père n'eût pas d'enfants légitimes. La survenance de ces enfants ne nuisait cependant pas à la légitimation une fois consommée.

Une autre condition était que le père ne pût, par une

impossibilité physique ou morale, épouser la mère de ses enfants naturels.

Le père devait former lui-même la demande des lettres de légitimation, et il fallait qu'elles fussent entérinées de son consentement.

Une observation importante c'est qu'après la mort du père de l'enfant naturel, l'aïeul pouvait demander la légitimation qui opérait, à son égard, le même effet qu'elle aurait produit à l'égard du père.

Le consentement exprès ou tacite de l'enfant naturel était nécessaire ; si celui-ci réclamait, la légitimation était nulle.

Enfin il fallait que les lettres de légitimation fussent entérinées dans les greffes des tribunaux auxquels elles étaient adressées.

Divers auteurs pensaient qu'elles devaient être enregistrées, les uns à la Chambre des comptes, les autres au Parlement.

L'enregistrement devait précéder le décès du père de l'enfant, sinon la légitimation était sans effet.

Outre la légitimation civile dont nous venons de parler, on connaissait une autre espèce de légitimation résultant d'un rescrit de la Cour de Rome qui habilitait les bâtards à recevoir les ordres et à posséder des bénéfices. Ces rescrits devaient être fulminés par l'official du diocèse de l'impétrant.

Par la légitimation par mariage subséquent, les enfants jouissaient de tous les droits des enfants légitimes. Ils étaient aussi soumis aux mêmes devoirs.

La légitimation par lettres du prince n'opérait pas d'aussi larges résultats.

« Elle n'est pas si parfaite, dit d'Aguesseau, et ne produit pas de si grands effets que la légitimation par mariage subséquent. Elle efface, à la vérité, la tache que la naissance du bâtard lui avait imprimée ; elle lève l'incapacité qu'elle trouvait en sa personne de recevoir des dispositions universelles de son père et de sa mère ; elle le rend capable

de posséder des offices. Mais pour la capacité de succéder *ab intestat* à ses parents, elle ne la lui donne que lorsque ceux auxquels il peut succéder ont consenti à la légitimation (1). »

644. La légitimation par lettres du prince a cessé d'être en usage en France dès la date de la constitution de 1791. Le Code Napoléon ne l'a pas rétablie, et l'on ne connaît aujourd'hui parmi nous que la légitimation par mariage subséquent.

Les raisons qui ont fait rejeter de notre nouvelle législation la légitimation par lettres du prince sont énoncées dans l'exposé des motifs du titre de la paternité et de la filiation. Voici comment s'exprime l'orateur Bigot-Préameneu :

« Une autre espèce de légitimation avait lieu dans l'ancien régime. Elle se faisait par l'autorité du prince; elle n'attribuait pas tous les droits de la légitimité. Le principal objet de cette prérogative royale était de faire cesser, pour ceux qui obtenaient cette faveur, l'incapacité de remplir des dignités et des emplois.

» Cette incapacité a été regardée comme une prescription inutile et même nuisible à l'ordre social. Depuis long-temps le préjugé qui tenait les enfants naturels dans l'avilissement a été détruit par la raison et l'humanité.

» Cette espèce de légitimation n'a point dû reparaître dans le nouveau Code.

» Mais nos nouveaux législateurs n'ont pas hésité à maintenir, néanmoins avec quelques modifications, la légitimation par mariage subséquent. Les motifs qui ont fait adopter le principe sont empruntés du droit romain et du droit canonique :

» L'ordre public, le devoir du père, l'intérêt de la mère en faveur de l'enfant, tout concourt à faire maintenir cette

(1) V. sur la légitimation et sur ses effets les auteurs déjà cités, et Rousseau-Lacombe, Denizart, au mot *Légitimation*.

espèce de légitimation, a dit l'orateur du gouvernement.

» L'ordre public est intéressé à ce que l'homme et la femme qui vivent dans le désordre aient un moyen d'éviter l'un et l'autre de ces deux écueils : celui de se séparer par dégoût ou celui de continuer un commerce illicite. La loi leur offre, dans une union sainte et respectable, des avantages assez précieux pour les porter à la contracter.

» Au nombre de ces avantages, l'homme aura celui de procurer à l'enfant, pour qui la nature doit lui avoir inspiré des sentiments de tendresse, toutes les prérogatives que donne dans la société la qualité d'enfant légitime. C'est même de sa part un devoir que sa conscience doit sans cesse lui rappeler.

» Cette légitimation est pour la femme le plus heureux moyen de réparer sa faute, de recouvrer son honneur et de se rendre digne des titres honorables d'épouse et de mère.

» Les enfants, nés d'un père et d'une mère qui deviennent ensuite époux légitimes, ne sauraient être plus favorables que quand ils invoquent les effets d'une union qui a des rapports intimes avec leur naissance antérieure. (Bigot-Préameneu.) »

Ces sages motifs démontrent la faveur que mérite cette sorte de légitimation.

645. Ses conditions et ses effets sont réglés par les art. 331, 332 et 333 du Code civil.

331. « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, *lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage*, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration. »

Cet article a fait une innovation importante à l'ancienne législation, suivant laquelle la légitimation était opérée de plein droit par le mariage postérieur à la naissance de l'enfant, de quelque manière que l'état de l'enfant naturel fût justifié, soit que la reconnaissance eût précédé le mariage, soit

qu'elle le suivît, soit que la filiation fût établie par toute autre preuve.

Aujourd'hui la première condition exigée pour que les enfants naturels puissent être légitimés par le mariage subséquent, est qu'ils aient été *légalement* reconnus avant le mariage, ou qu'ils le soient au plus tard dans l'acte de célébration.

Cette reconnaissance doit être faite dans les formes prescrites par l'art. 334 du Code civil, c'est-à-dire par un acte authentique lorsqu'elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance de l'enfant.

Les motifs de l'innovation sont fondés sur un principe également nouveau consigné dans l'art. 340 qui défend la recherche de paternité, et sur l'utilité de fixer le sort des familles. Voici le texte de ces motifs :

« Il est encore, pour le repos des familles, une condition exigée des père et mère : ils doivent reconnaître avant le mariage, ou dans l'acte de sa célébration, les enfants qu'ils ont à légitimer; ceux qui regrettent que la reconnaissance postérieure n'ait pas le même effet, pensent que la légitimation est une suite nécessaire du mariage, et ils craignent que la pudeur ou l'intérêt de ne pas aliéner le cœur de parents austères, n'ait empêché les époux de faire à temps les actes de reconnaissance.

» La règle suivant laquelle le mariage légitimait de plein droit, avait été admise dans le système où la recherche de la paternité n'était pas interdite. Alors l'enfant conservait toujours le droit de prouver contre ses père et mère l'origine de sa naissance. Il n'avait pas besoin d'être reconnu. Mais lorsqu'il n'y a de paternité constante que par la reconnaissance du père, ainsi qu'on l'expliquera dans la suite, il est indispensable que l'enfant soit d'abord avoué pour être ensuite légitimé.

» La légitimation n'est point un effet nécessaire du mariage, elle n'est qu'un bénéfice de la loi . . . . . .

» Les enfants nés hors mariage n'ont point leur faveur de présomption légale de leur naissance ; ils n'ont qu'un témoignage ; il doit être donné dans un temps non suspect. La loi ne peut laisser à des époux la faculté de s'attribuer des enfants par un consentement mutuel. Les familles ne doivent pas être dans une continuelle incertitude. »

Ces raisons étaient décisives ; elles furent cependant vivement combattues ; elles ne triomphèrent pas sans difficulté (1).

(1) La légitimation par mariage subséquent est admise par le Code des Deux-Siciles, art. 265 ; par le Code de la Louisiane, art. 217, qui abolit tout autre mode de légitimation ; par le Code Sarde, art. 174, qui admet ce mode de légitimation même pour les enfants naturels reconnus seulement après le mariage ; par le Code de Vaud, art. 327, 328, 329, 330. L'art. 329 permet de légitimer l'enfant naturel, même après le mariage, avec l'autorisation du roi ; l'art. 330 dit que le roi peut légitimer l'enfant lorsque le mariage n'a été empêché que par la mort du père ou de la mère ; par le Code hollandais, art. 331 ; par le Code autrichien, art. 161 ; par le Code prussien, art. 596.

Le Code prussien permet aussi de légitimer par jugement ou par déclaration du père devant le juge quand il y a eu promesse de mariage sans célébration postérieure, art. 592 et 597.

La légitimation peut aussi avoir lieu en Prusse par ordonnance royale sur la demande du père et avec l'assentiment de la famille paternelle, art. 601, 604.

Enfin, la légitimation *ad delendum* peut être prononcée par les cours supérieures ; elle a pour but d'assurer à l'enfant une position sociale qui lui enlève sa qualité de bâtard et lui permet d'aspirer à un avancement.

Dans le royaume de Naples, la légitimation de simple grâce peut être accordée par ordonnance du roi ; mais elle ne donne pas droit à la succession du père au préjudice des enfants légitimes ni de l'autre époux, art. 256.

Dans le royaume Sarde, la légitimation peut être accordée par rescrit du prince, si le père n'ayant pas d'enfants légitimes et naturels ou légitimés, la demande, et s'il ne peut user du moyen du mariage subséquent, art. 177.

L'art. 1er du chap. 4 du Code de Berne déclare les enfants naturels légitimés par les fiançailles.

En Espagne, la légitimation a lieu de deux manières : par mariage

646. L'art. 331 refuse la légitimation aux enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.

C'est à ces deux seuls vices que sont restreints les obstacles à la légitimation. Cette rigueur est fondée sur la gravité des deux vices et sur la nature même de la légitimation qui fait remonter fictivement le mariage au temps de la conception. Or, cette fiction n'est pas possible lorsqu'il y avait à cette époque empêchement légal résultant d'un premier mariage encore existant, et de la parenté ou de l'alliance au degré prohibé.

Les dispositions de l'art. 331 font naître plusieurs questions, certaines desquelles sont fort importantes.

647. L'une des plus difficiles est relative à l'enfant né d'un commerce adultérin ou incestueux si le père ou la mère a ignoré le caractère aggravant du commerce ; si, la mère, par exemple, avait été trompée par l'espérance d'une union légitime dont elle ignorait l'empêchement, et, si cet empêchement ayant disparu, il y a eu mariage, la bonne foi de la mère et la validité du mariage attribueraient-elles à l'enfant le bénéfice de la légitimation ?

Dans l'ancien droit, les auteurs étaient divisés. Plusieurs auteurs étrangers ou français, et parmi eux Charondas, Le Brun, Rousseau-Lacombe, soutenaient qu'il y avait légitimation. « Pour cette légitimation, il suffit, dit Lacombe, que le mariage eût pu se faire au temps de la » conception de l'enfant ou de sa naissance ou intermé» diaire, parce que l'on doit considérer le temps qui lui est » plus avantageux (1). »

subséquent ou par rescrit du prince. *Ley.* 1, titre 13, p. 4, et *Ley.* 4, tit. 15, p. 4.

Ce dernier mode produit seulement des effets civils. Pour que la légitimation obtienne les effets canoniques, il faut qu'elle soit sanctionnée par le pape. *Ley.* 4, tit. 15.

(1) V. le Recueil de jurisprud. civ., par Lacombe, *verbo* Légitimation, section 1re, n° 1 ; Le Brun, *des Successions*, liv. 1, chap. 2, section 1re, Dist. 2; Fachin, *Lib.* 3, cap. 56.

La question est aussi résolue, en faveur de la légitimation, dans une célèbre dissertation de Biehmer, insérée dans la dernière édition des *Institutes* d'Hennécieus, et intitulée *Dissert.* de lib. damn. coit. (V. les nos 18, 19 et 20 de cette dissertation.)

L'opinion citée, était comme on le voit, restreinte au cas où le père et la mère étaient l'un et l'autre libres à l'un des moments de la conception, de la naissance ou du temps intermédiaire. Les auteurs ne s'occupaient pas de la bonne foi de l'un des père ou mère, c'est-à-dire de son ignorance du mariage de l'autre.

Cette opinion était fondée sur les lois 5 et 26 *de statu hominum*, et sur la loi 11 au Code *de naturalibus Liberis* qui voulaient les premières, que pour l'intérêt des enfants on considérât seulement celle des trois époques qui lui était le plus favorable, l'autre qu'on se fixât principalement sur l'époque de la naissance.

Mais des auteurs recommandables attaquaient l'application des textes cités; ils faisaient observer avec justesse qu'ils n'avaient pas trait au cas pour lequel on les invoquait, que la faveur de la légitimation était fondée sur une fiction de droit, d'après laquelle on regardait comme mariés ensemble, les père et mère au moment où l'enfant avait été conçu; fiction qui ne pouvait pas se référer au temps de la naissance de l'enfant, parce que la tache était imprimée par la conception et non par la naissance; que cette naissance n'effaçait pas la faute, et que le mariage subséquent ne pouvait ni la laver ni la purifier (1).

C'est aussi dans ce dernier sens que la question était jugée autrefois. C'est ainsi notamment qu'elle avait été jugée par l'arrêt du 4 février 1697, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, et par d'autres arrêts de différents par-

(1) V. notamment Pothier, *Traité du mariage*, nos 417; d'Aguesseau, 47e plaidoyer, Furgole.

lements cités dans le Répertoire de Merlin, au mot *Légitimation*, section 2, § 2, nos 4, 6 et 7.

L'ignorance où aurait été l'un des père et mère au moment de la conception de l'enfant n'aurait pu, dans la rigueur des principes de la légitimation ancienne servir de base autrefois à la légitimation par mariage subséquent.

Elle ne le pourrait pas davantage aujourd'hui; car la loi interdit, en termes aussi clairs qu'absolus, la légitimation par mariage subséquent de tout enfant né d'un commerce adultérin; et aucune disposition législative n'excepte de cette prohibition ceux dont le père ou la mère n'avait pas connu toute l'immoralité, toute l'indignité de ce commerce.

Aujourd'hui un motif de plus s'opposerait à une telle légitimation. En effet pour qu'elle s'opère, il faut que les enfants aient été *légalement* reconnus avant le mariage, ou qu'ils le soient dans l'acte de célébration.

Mais l'article 375 du Code civil déclare que la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. Celui des père et mère, qui aurait été marié au moment de la conception de l'enfant, qui, par conséquent, ne pourrait ignorer le vice de la naissance, ne pourrait donc pas le reconnaître; la reconnaissance qu'il voudrait en faire ou ne serait pas reçue par le fonctionnaire public, ou, si elle était reçue, elle serait nulle de plein droit, et cette nullité entraînerait nécessairement celle de la légitimation.

Un arrêt rendu par la Cour d'Angers, le 13 août 1806, a décidé qu'un enfant conçu et né dans l'adultère n'avait pu être légitimé par le mariage subséquent quoique sa naissance n'eût pas été constatée par l'inscription sur les registres de l'État civil, et qu'il n'eût été, par conséquent, reconnu que depuis que ses père et mère étaient devenus libres (1).

648. Par une conséquence du principe que le statut per-

(1) Denevers, t. 5. 2. 49; S., 7. 2. 49.

sonnel s'attache partout au Français, la légitimation d'un enfant adultérin né de deux individus Français, en pays étranger, quoique déclarée par rescrit du prince étranger, n'a aucun effet en France, comme contraire aux lois françaises. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 15 juillet 1811, par l'arrêt Champeaux-Grammont (1).

L'article 47 du Code civil est étranger à la question; il s'applique seulement à la forme et à la validité de l'acte comme instrument. Mais il ne modifie pas la capacité des personnes.

Le même principe doit faire déclarer légitime par mariage subséquent, l'enfant né en France de père et mère français, mais libres, qui ont contracté mariage dans un pays où ce mode de légitimation n'est pas admis.

Ainsi, le mariage contracté par des Français, en Angleterre, légitime l'enfant naturel précédemment né en France, et le rend capable de succéder dans notre contrée, quoique les lois anglaises ne reconnaissent pas cette espèce de légitimation.

Cette question a été ainsi jugée dans l'ancien droit, par un arrêt du 21 juin 1668, rapporté au journal des Audiences (2).

Les mêmes motifs devraient faire déclarer légitime l'enfant né d'un Français et d'une étrangère, soit qu'il fût né en France, soit qu'il fût né en pays étranger, si le Français et l'étranger contractaient ensuite mariage, même en pays étranger.

Car l'enfant né d'un Français, même en pays étranger, est lui-même Français, et l'étrangère qui épouse un Français, devient Française. (V. C. civ, art. 10 et 12).

Ils doivent donc tous jouir du bénéfice des lois françaises, ces lois suivant partout leurs personnes.

(1) D., t. 11. 1. 468,
(2) V. Merlin, vo *Légitimation*, sect. 2, § 2, no 13.

Il en serait autrement, et il n'y aurait pas de légitimation d'un enfant né d'une Française et d'un étranger qui contracteraient mariage postérieurement à la naissance. Car la femme Française suit la condition de son mari.

649. Nous avons dit que l'enfant adultérin ne pouvait pas être légitimé par mariage subséquent.

Nous devons faire observer que, pour priver l'enfant de cet avantage, il faut qu'il ne s'élève aucun doute sur le vice de la naissance. S'il s'était écoulé, avant la naissance d'un enfant naturel et depuis la dissolution du mariage de son père, un temps suffisant pour qu'il y eût possibilité physique que le père et la mère eussent été libres au moment de leur cohabitation, l'enfant devrait être réputé né *ex soluto et soluta*, et sa légitimation devrait être admise. Si donc, il était prouvé que, pendant le temps qui aurait couru depuis le trois-centième jusqu'au cent quatre-vingtième jours avant la naissance, le père et la mère de l'enfant n'avaient pas été l'un ou l'autre toujours enchaînés dans les liens d'un autre mariage, ils auraient le droit de reconnaître cet enfant, et par suite, de le légitimer par le mariage qu'ils contracteraient ensemble. Car il suffit que l'enfant ait pu avoir été conçu dans un instant quelconque de l'intervalle qui s'est écoulé entre le trois-centième et le cent quatre-vingtième jours qui ont précédé sa naissance, à une époque où ses père et mère étaient libres, pour que, dans l'intérêt de l'enfant comme dans celui des mœurs et du mariage, on doive le présumer ainsi, et pour que cet enfant soit, en conséquence, considéré comme un bâtard simple auquel il est permis d'appliquer le bienfait de la légitimation. *In dubio benignè interpretandum est.* D'ailleurs c'est à celui qui veut repousser la légitimation à en prouver la nullité.

Ce dernier principe a été consacré par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 29 janvier 1813, qui décide que c'est à ceux qui contestent la légitimation à prouver que l'enfant n'a pu être légitimé parce qu'il était bâtard adultérin ou in-

cestueux, et qu'on ne doit pas exiger de l'enfant qu'il justifie par acte de naissance ou par possession d'état qu'il était un bâtard simple susceptible d'être légitimé (1).

De cet arrêt, il résulte qu'on peut reconnaître d'abord, légitimer ensuite un enfant, sans indiquer dans l'acte, l'époque et le lieu de sa naissance. Cela pourrait faciliter des fraudes. Mais les parties intéressées seraient admises à les signaler et à en administrer la preuve par témoins et par des présomptions graves, précises et concordantes. (Code civil, art. 1248-1353.)

650. La nullité du mariage sur lequel serait fondé le vice d'adultère reproché à l'enfant ferait disparaître ce vice, et donnerait effet à la légitimation. Car la nullité du mariage, pendant lequel serait né l'enfant provenant d'une autre union, devrait le faire considérer comme né *ex soluto et soluta*, un mariage nul ne pouvant imprimer le vice d'adultère à un commerce étranger au mariage. *Cum enim reipsâ nuptiæ non fuerint, uti rei judicatæ eventus declaravit, atque ità ex soluto et solutâ, inter quos jus connubii est, partus sit editus, nulla juris ratio occurrit cur non ex nuptiis subsecutis legitimorum jura proles talis nanciscatur.* Voët ff. lib. 25, tit. 7, n° 9.

En effet un mariage nul est censé n'avoir jamais existé. *Nec vir nec uxor nec nuptiæ nec matrimonium nec dos intelligitur*, § 12, *instit. de nuptiis.*

Cette ombre de mariage ne peut donc être un obstacle à la légitimation d'un enfant naturel né pendant sa durée apparente. Il importerait peu qu'il eût été contracté de bonne foi par les deux époux ou par l'un d'eux. Cette bonne foi ne lui attribuerait les effets civils qu'à l'égard des époux et des enfants qui en seraient nés. Mais hors de ce cercle, il serait sans force. Il ne pourrait donc entacher d'adultère la cohabitation de l'un des époux avec une autre personne, et les fruits de cette cohabitation.

(1) S., t. 14. 2. 32.

Seulement il faudrait que l'enfant légitimé dont on attaquerait l'état, opposât par exception la nullité du mariage dont on argumenterait, et jusqu'à ce que cette question incidente de nullité eût été jugée il devrait être sursis à faire droit sur la question principale, conformément à l'art. 189 qui doit, par analogie, recevoir aussi dans ce cas son application (1).

651. Une question qui divise les auteurs, et dont les difficultés sont des plus sérieuses, est relative à la légitimation de l'enfant né avant le mariage d'un oncle et d'une nièce, ou d'un beau-frère avec sa belle-sœur auxquels la loi ne permet pas de se marier sans dispenses préalables.

On sait que l'art. 162 du Code prohibe le mariage entre les frères et sœurs légitimes ou naturels et les alliés au même degré ;

Que l'art. 163 prononce la même prohibition entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu ;

Et qu'un décret du 7 mai 1808, acte législatif qui a la même force que le Code civil, étend la prohibition au mariage du grand-oncle et de la petite-nièce.

On sait aussi que l'art. 164 autorisait le roi à lever, pour des causes graves, les prohibitions aux mariages entre les oncles et les nièces et qu'une loi du 16 avril 1832, sollicitée depuis long-temps par l'opinion publique, a attribué au roi le même pouvoir pour les mariages entre les beaux-frères et les belles-sœurs.

La nécessité de ces dispenses était démontrée par des exemples malheureusement trop fréquents de commerce illicite entre des oncles et des nièces, des beaux-frères et belles-sœurs.

Mais quel sera le sort des enfants nés d'un commerce que, avant les dispenses, la fougue des passions aurait provoqué et la fréquence des occasions aurait facilité.

(1) Opinion conforme de Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 280.

Pourront-ils être légitimés par le mariage subséquent?

652. Non si l'on en croit de sévères jurisconsultes ; oui si l'on en écoute d'autres plus indulgents.

M. Merlin, M. Favard et M. Proudhon sont du premier avis (1).

MM. Toullier, Delaporte et Loiseau sont du second (2).

M. Duranton hésite. Il regarde l'avis de Merlin comme le plus conforme à la lettre de l'art. 331. Mais il en déplore la sévérité et désire qu'une modification le mette plus en harmonie avec l'esprit dans lequel a été conçu l'article relatif aux dispenses de mariage (3).

653. Entre deux opinions si diamétralement opposées et fondées l'une et l'autre sur de puissantes raisons, on doit sans doute hésiter à faire un choix.

Cependant, si l'on considère la jurisprudence ancienne, le vague des termes de l'art. 331, l'esprit qui a dicté les dispositions de l'art. 164 et de la loi du 16 avril 1832, l'intérêt même que doit inspirer le sort des enfants, c'est en leur faveur que la question paraît devoir se décider.

Dans l'ancien droit français, quelle que fût sa rigueur, quelle que fût aussi la sévérité du droit canonique en général si respecté en France, on considérait si les parties étaient capables de contracter mariage ensemble lors de la cohabitation qu'elles avaient eue avant leur mariage ; et si elles avaient pu alors se marier à l'aide d'une dispense facile à obtenir, on donnait à la dispense obtenue depuis un effet rétroactif qui purgeait le vice qu'avait le commerce antérieur au mariage (4).

(1) Répertoire de Merlin, v° *Légitimation*, sect. 2, § 2, n° 9; Répertoire de Favard, même mot, § 1, n° 4; *Traité des personnes*, par Proudhon, t. 2, p. 109.

(2) *Droit civil* de Toullier, t. 2, n° 933; Pandectes françaises sur l'art. 331 (325); Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 231.

(3) Duranton, t. 3, n° 177; mais voir aussi n° 26.

(4) Pothier, n° 414; Lebrun, *des Successions*, liv. 1, chap. 2, sect. 1, dist. 1, n° 12; Rousseau de Lacombe, v° *Légitimation*, sect. 1, n° 2; Voët, ff. lib. 25, tit. 7, n° 9; Serres, *Institutes*, p. 61 et 62.

Cette doctrine, professée par des auteurs français des plus recommandables, était aussi celle de Voët qui s'exprime en ces termes :

Diversum esset, si ex conjunctionibus solâ lege civili *incestuosis proles..... nata esset; deinceps verò nuptiæ, per interpositam à principe dispensationem, celebratæ fuissent.... eo quod subsecuta legis civilis prohibentis laxatio, licitam effecit, vel vitio* purgavit retrò *conjunctionem illam quæ* secundùm jus naturæ *interdicta non est.*

C'est conformément à cette doctrine que la jurisprudence fut fixée par un arrêt du 11 août 1738 qui, sur les conclusions de l'avocat-général Gilbert, confirma une sentence de la sénéchaussée d'Auvergne par laquelle les sieur et dame de la Fosse avaient été déboutés de leur demande tendante à ce qu'il fût fait défenses à Marien de prendre le nom et les armes de la maison d'Aubusson ; ce Marien était né avant le mariage de Pierre-Antoine et de Marguerite d'Aubusson, cousins-germains qui s'étaient mariés depuis avec dispenses.

Le Code civil a-t-il entendu déroger à cette jurisprudence?

On le croira difficilement, surtout si l'on considère que dans les procès verbaux des discussions on ne rencontre pas une seule réflexion, pas un seul mot qui indique la pensée d'une telle dérogation.

Cependant l'innovation était assez importante, assez grave dans ses conséquences pour exciter l'attention des législateurs, et pour provoquer l'indication des motifs d'un tel changement.

Mais, disent les partisans du système que nous attaquons, (et c'est là leur argument principal, on pourrait même dire leur argument unique), le Code civil interdit la légitimation par mariage subséquent des enfants nés d'un commerce *incestueux* ou adultérin. Il suppose donc qu'un mariage est possible entre des parents ou alliés qui se seraient livrés à l'inceste. Or, le Code civil, dans sa pureté primitive, n'autorisait les dispenses pour une telle union qu'en faveur des

oncles et des nièces. Et aujourd'hui il n'a étendu cette faculté que pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs. Donc ce sont les mariages légalement possibles avec dispenses qu'il a eu en vue en interdisant la légitimation par leur moyen.

Cette observation n'est pas décisive ; et d'abord le silence des procès verbaux du Conseil d'Etat sur la question autoriserait à dire avec M. Duranton que les expressions générales de l'art. 331 sont moins l'effet d'une volonté réfléchie que celui de l'habitude d'assimiler l'enfant incestueux à l'enfant adultérin, et d'appliquer au premier les prohibitions portées contre le second ; comme celles que l'on trouve aux articles 335, 342, 762 et 764, où l'assimilation est fondée sur la parité de motifs, mais motifs qui sont loin d'avoir la même force par rapport à la légitimation.

D'un autre côté, lors même que l'on ne considérerait pas comme l'effet de l'irréflexion la similitude absolue faite par l'art. 331 entre les enfants adultérins et les incestueux, il serait facile de démontrer que l'art. 331 peut s'appliquer à d'autres cas qu'à celui que l'on indique pour le besoin de l'argumentation.

En effet, on sait que, malgré l'empêchement légal, quelque puissant qu'il soit et quoique la loi n'admette pas de dispenses, le mariage prohibé peut cependant être contracté par fraude ou par erreur ; que ce mariage n'est pas nul de plein droit ; que tant qu'il n'est pas attaqué il subsiste ; que s'il n'est pas annulé par la justice sur la dénonciation des parties intéressées, ou sur la réquisition du ministère public, il produit tous les effets civils attachés au mariage licite ; que, fût-il même annulé, si les deux contractants ont été dans l'erreur, si la bonne foi a présidé à leur union, si même un seul d'eux a été de bonne foi, tous les effets civils de ce mariage illégal sont maintenus, dans l'intérêt des deux époux dans le premier cas, dans l'intérêt de celui qui a été de bonne foi dans le second cas, dans l'intérêt des enfants nés du mariage dans les deux cas.

Or, dans ces diverses hypothèses, ne pourrait-il pas se faire qu'un enfant des deux époux fût né d'un commerce antérieur au mariage ; et que reconnu antérieurement ou lors de la célébration, on voulût lui appliquer, ou qu'il réclamât lui-même le bienfait de la légitimation ?

Alors, contre cette réclamation s'élèveraient les dispositions irritantes de l'art. 331 ; alors soit que le mariage eût été annulé, mais maintenu dans ses effets civils comme mariage putatif, soit même qu'il n'eût pas encore été attaqué, on repousserait la réclamation de cet enfant, incestueux d'un inceste monstrueux, d'un inceste signalé par la loi naturelle comme par la loi civile, d'un inceste qui n'admet ni excuse, ni dispense, et on lui dirait : « L'article 331 s'opposait à votre légitimation ; vous n'êtes pas légitimé. »

Tel est le cas qu'ont dû prévoir les législateurs, eux qui avaient déjà érigé en loi, par les art. 201 et 202 du Code civil, les principes anciens sur les mariages putatifs ; tel est celui qu'on doit supposer avoir été réellement prévu par des législateurs aussi instruits, aussi réfléchis, aussi sages, qui ne pouvaient ignorer l'effet rétroactif des dispenses qu'admettait l'ancien droit, cet effet rétroactif si conséquent avec les dispenses même, si consolant pour la faiblesse et l'égarement lorsqu'ils veulent réparer leur faute, si bienfaisant, si juste pour les fruits innocents de l'erreur d'autrui ; par des législateurs aussi humains qu'éclairés qui, en consacrant, en renouvelant les règles alors en vigueur, ont dû les maintenir telles qu'elles étaient, dans toute leur étendue, avec leur équitable rétroactivité, ou qui, si leur intention eût été de les modifier, et de punir dans les enfants seuls les fautes de leurs père et mère, auraient au moins annoncé par des expressions claires et formelles, cette étrange, cette injuste, cette cruelle modification.

Ne faisons pas aux législateurs l'injure de leur prêter une telle intention. N'interprétons pas leur silence et contre eux-mêmes et contre de malheureux enfants ; reconnaissons

aussi que, sans appliquer la prohibition de l'art. 331 aux enfants nés avant le mariage d'un oncle avec sa nièce, d'un beau-frère avec sa belle-sœur, cette prohibition n'en était pas moins nécessaire pour empêcher la légitimation par un mariage subséquent, putatif ou autre, d'un enfant qui aurait été le triste fruit d'un inceste monstrueux dont l'immoralité flétrissante ne pourrait jamais être lavée par la loi, et soulèverait la réprobation générale. Interprétons, au besoin, l'art. 164 du Code civil et la loi du 16 avril 1832, par la doctrine et la jurisprudence ancienne, suivant la maxime : *Leges priores ad posteriores trahuntur et è contrà ;* et disons que les dispenses autorisées par la loi, accordées par le prince, en faisant cesser l'empêchement, purgent le vice résultant de la parenté ou l'alliance, l'effacent pour le passé comme pour l'avenir, attribuent aux contractants tous les droits qu'auraient des personnes étrangères l'une à l'autre, et les autorisent, par conséquent, à légitimer par leur mariage les enfants nés d'un commerce antérieur.

Au reste, cette interprétation si puissamment recommandée par l'équité est autorisée par un passage du discours du tribun Duveyrier au corps législatif :

« Nous n'avons jamais connu que deux classes d'enfants » naturels. Dans la première, les enfants naturels simples » nés de personnes libres, *ex soluto et solutâ ;* dans la se- » conde, les adultérins et les incestueux ; et l'inceste reli- » gieux étant désormais étranger à la loi civile, ce dernier » genre devient presque insensible, si l'on observe surtout » qu'il n'y aura point *inceste civil, même dans les degrés* » *prohibés auxquels le gouvernement peut appliquer la dis-* » *pense.* »

Les expressions de l'orateur sont d'autant plus remarquables, que, selon l'observation de Toullier, « l'article 331, qui exclut du bienfait de la légitimation les enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux, ne définit point ce qu'il faut entendre par commerce incestueux ; et que ni le

Code pénal de 1791, qui était la loi vivante au moment où le Code Napoléon fut rédigé, ni le nouveau Code des délits et des peines ne peuvent servir à fixer nos idées, parce qu'ils ne contiennent aucune disposition relative à l'inceste (1). »

Ce n'est peut-être pas sans motifs que la loi n'a pas défini l'inceste. Elle a voulu sans doute s'en référer à la loi naturelle et laisser à la morale publique le soin de la définition. Et de là on doit conclure qu'elle n'a pas entendu en imprimer la flétrissure sur une cohabitation qu'elle consacrerait elle-même comme union légitime, moyennant de simples dispenses. Car des dispenses ne peuvent permettre un fait réellement criminel ou même seulement répréhensible. Car que devrait-on penser d'une loi qui, après avoir signalé un crime ou un délit, l'autoriserait à l'aide de quelques formalités?

Ces réflexions conduisent à considérer la prohibition du mariage entre oncles et nièces, entre beaux-frères et belles-sœurs, non comme une prohibition absolue et signalant un inceste, mais comme une prohibition simplement relative, comme une disposition seulement réglementaire, commandée en général par l'intérêt des familles et des mœurs privées, mais que peut faire cesser, dans des cas particuliers, un intérêt plus pressant encore reconnu par le chef de l'Etat.

Sous ce rapport, l'art. 331 resterait sans application au cas que nous examinons.

Enfin, quelque qualification que l'on donne à une telle cohabitation, fût elle-même incestueuse, la loi civile seule déclarant l'inceste, la loi civile, par les dispenses qu'elle autorise, pourrait aussi complètement l'effacer et pour le passé et pour l'avenir, ainsi que le reconnaissent les auteurs les plus recommandables, ainsi que l'enseigne le savant Voët par ces expressions si logiques : *Subsecuta legis civilis*

(1) Toullier, t. 2, n° 932.

prohibentis laxatio licitam effecit vel saltem vitio purgavit retrò, conjunctionem illam quæ secundùm jus naturæ interdicta non est.

Et comment ne considérerait-on pas comme effacé par les dispenses le vice du commerce antérieur lorsque l'on considère que la grossesse de la femme, et à plus forte raison l'existence d'un enfant sont les causes les plus graves des dispenses et les plus propres à les faire obtenir? La grossesse est même expressément indiquée, comme cause de dispense, dans l'instruction adressée, le 10 mai 1824, par le ministère de la justice aux procureurs du roi qui sont chargés de la faire constater par une personne assermentée, et d'annexer son rapport aux autres pièces. Ne serait-il pas souverainement injuste, selon l'expression de la loi 10 C. *de naturalib. lib.*, que l'enfant, dont l'existence aurait été l'occasion et la cause impulsive du mariage, fût repoussé de la famille et du patrimoine du père par ses frères eux-mêmes qui lui devraient et leur naissance et leur état?

654. Toutes les considérations, tous les moyens que nous venons de développer peuvent être invoqués, depuis la loi du 16 avril 1832, en faveur des enfants nés, même avant cette loi, du commerce d'un beau-frère et d'une belle-sœur qui, obtenant des dispenses, contracteraient aujourd'hui mariage.

La question, dans ce dernier cas, présente, il est vrai, une difficulté de plus. On peut dire qu'il y avait empêchement absolu au moment de la naissance de l'enfant, que la fiction sur laquelle la légitimation repose ne peut plus servir de prétexte; qu'enfin ce serait donner à la loi nouvelle un effet rétroactif repoussé par l'art. 2 du Code civil.

Ces objections sont puissantes; on ne doit pas le dissimuler. On ajoutera même qu'elles ont été adoptées par un arrêt de la Cour d'Orléans, du 25 avril 1833 (1).

(1) V. cet arrêt dans le Recueil de Dalloz jeune, vol. de 1833, partie 2, p. 97.

Mais on répondra qu'il n'y a pas de rétroactivité là où aucun droit n'est acquis, et que les père et mère étant vivants, personne n'a de droits acquis sur des successions qui ne sont pas encore ouvertes.

On ajoutera que les lois sur l'état et la capacité des personnes les saisissent dès l'instant de leur publication; qu'elles peuvent améliorer leur condition, effacer le vice d'une qualité antérieure, et leur permettre d'acquérir une qualité nouvelle qui leur prépare de nouveaux droits pour l'avenir, et que tant que les droits qu'ils peuvent être appelés à recueillir n'ont pas été définitivement acquis à des tiers, il n'y a réellement pas de rétroactivité.

On fera observer qu'il y avait seulement empêchement, et non mesure prise contre l'inceste dans la prohibition portée par l'art. 162; qu'on ne pouvait en effet qualifier d'incestueuse, une union permise chez tous les peuples de l'Europe, autorisée autrefois parmi nous, qui n'a été défendue que temporairement, et dont la faculté a été renouvelée sur un grand nombre de réclamations, parce qu'on a reconnu que l'erreur seule et de faux scrupules avaient provoqué la défense.

On sera autorisé à soutenir que, la prohibition étant levée par la loi nouvelle et par des dispenses, l'empêchement est censé n'avoir jamais existé, et que les contractants doivent être réputés avoir toujours été libres de s'unir.

On assimilera cet empêchement temporaire à celui qui dans l'ancien droit ne permettait pas à un juif d'épouser une chrétienne, aux prêtres de contracter mariage, et qui, cependant n'empêcherait pas aujourd'hui de légitimer par mariage subséquent, l'enfant né autrefois du commerce de la chrétienne et du juif, n'a pas empêché notamment, de légitimer par le mariage subséquent du prêtre, contracté depuis la loi nouvelle, un enfant né en 1778, quoique certainement alors le père et la mère n'eussent pu s'unir par mariage.

Ainsi jugé par un arrêt de cassation, du 22 janvier 1822. Preuve évidente que, pour opérer la légitimation, la fiction dont nous avons parlé n'est pas d'une nécessité absolue. Seulement la loi présume que le père et la mère ont toujours eu le dessein de s'unir par des vœux solennels et légitimes dès qu'ils le pourraient; elle suppose que le « mariage a » été contracté de vœu et de désir, dès le temps de la con- » ception des enfants, et d'après cette présomption elle » donne un effet rétroactif au mariage. C'est donc unique- » ment de la volonté des parties que dépend cet effet ré- » troactif. »

C'est d'après ce dernier motif que la légitimation peut avoir lieu quoiqu'il y ait eu un mariage intermédiaire entre la naissance et le mariage qui légitime, ce qui ne permet cependant pas de faire remonter ce dernier mariage à la naissance de l'enfant (1).

Et ne pourrait-on pas dire que, lors même de leur égarement, le beau-frère et la belle-sœur contractaient de vœu et d'intention un mariage légitime, et avaient le dessein et même l'espoir de s'unir légalement, soit en s'expatriant et en allant sous un ciel étranger chercher une loi plus douce, comme il y en a eu plusieurs exemples, soit par le changement de la législation française dont la réformation était appelée par de nombreuses réclamations?

Nous ne saurions mieux terminer cette dissertation qu'en citant les paroles éloquentes de M. Dupin, qui lors de la discussion de la loi du 16 avril 1832, peignant les déplorables conséquences du refus de la légitimation, s'écriait devant la Chambre des députés : « On verrait les enfants nés d'un même père et de la même mère, dans la même maison, à la même table, en présence des premiers qui n'auraient ni état ni droit au partage; et à moins que les parents ne voulussent les punir d'un crime qui ne fut pas le leur, il faudrait

(1) V. Favard, Répertoire, au mot *Légitimation*, § 1, nos 1, 2 et 5, et Merlin, Répertoire, sect. 2, no 11.

que le même foyer ralliât des enfants légitimes et des enfants incestueux. »

A cette opinion d'un si grand poids du savant procureur-général de la Cour suprême, ajoutons celle de M. Roger, auteur de la proposition qui a préparé la loi de 1832, celle de Loiseau que nous avons déjà citée, celle même de M. Dalloz, aîné, au mot *Filiation* qui semble aussi pencher pour ce système (1).

On doit espérer que la réflexion et l'intérêt des enfants feront prévaloir cet équitable avis.

655. Nous avons dit, en discutant la question précédente, que la légitimation par un mariage subséquent pouvait s'opérer quoiqu'un autre mariage l'eût séparé de la naissance.

Cette opinion qui avait été assez long-temps controversée avait fini par être autrefois généralement admise. Ceux qui soutenaient le contraire se fondaient sur ce que la légitimation ne peut avoir lieu que par l'effet d'une fiction qui fait remonter le mariage au temps de la conjonction illicite. Ils disaient que cette rétroactivité ne peut avoir lieu lorsqu'il a été contracté postérieurement un autre mariage avec un tiers. Ils argumentaient du chapitre 4, de la novelle 12, par laquelle Justinien en abrogeant les constitutions des empereurs Constantin et Zenon qui ne permettaient pas à ceux qui avaient des enfants légitimes de légitimer par mariage subséquent leurs enfants naturels, en autorisait cependant la légitimation même en cas d'existence d'enfants légitimes, mais seulement pourvu que la dissolution du mariage dont ceux-ci étaient nés fût antérieur au concubinage duquel sont nés les bâtards.

Cette condition restrictive leur paraissait équivaloir au refus de la faveur de la légitimation à l'égard des enfants nés d'un concubinage antérieur au mariage contracté avec

(1) Jurisprudence générale de Dalloz aîné, v° *Filiation*, chap. 3, sect. 1, n° 4.

Dans l'hypothèse d'un mariage intermédiaire dont il existerait des enfants, le père pourrait-il légitimer par mariage subséquent son enfant naturel né antérieurement *ex soluto et solutâ?*

On devrait répondre affirmativement si le mariage intermédiaire avait été précédé de la reconnaissance légale de l'enfant naturel né d'un autre que de l'époux de ce premier mariage. Car cette reconnaissance, étant antérieure au premier mariage, ne serait pas sous l'influence de l'article 337. Elle conserverait donc tous ses effets même à l'égard de l'époux et des enfants nés d'un mariage qui lui serait postérieur; et par conséquent elle pourrait servir de base à la légitimation par mariage subséquent, quelque préjudice que cette légitimation causât aux enfants nés du premier mariage.

Mais si, avant la célébration de ce premier mariage, l'enfant naturel n'avait pas été reconnu, pourrait-il l'être postérieurement, et par suite obtenir au moyen du mariage subséquent une légitimation qui affaiblirait évidemment les droits des enfants légitimes nés du premier mariage?

Cette question est subordonnée à la validité ou aux effets de la reconnaissance, faite après la dissolution du mariage, d'un enfant naturel né, antérieurement à ce mariage, d'un autre que de l'époux.

Delvincourt, sur l'art. 337, pense qu'une telle reconnaissance ne peut produire aucun effet. Il repousse même en termes assez durs la distinction faite par l'opinion contraire qui se fonde sur ce que l'art. 337, excluant seulement l'enfant reconnu pendant le mariage, ne pouvait être opposé à celui qui invoquait une reconnaissance postérieure à la dissolution du mariage. « Cette distinction, dit Delvincourt, est purement judaïque et entièrement contraire à l'intention du législateur. » Elle a été adoptée par un arrêt de la Cour de Pau, du 5 prairial an 13. Mais si cet arrêt ne viole pas la lettre de l'art. 337, il est bien constant qu'il en viole absolument l'esprit. « Qu'a voulu, en effet, le législateur?

qu'un père ou une mère ne vînt pas, par une reconnaissance tardive, nuire aux droits résultant du mariage en faveur de son conjoint ou des enfants issus de leur union, et tromper par là l'espoir des deux familles. Or, que la reconnaissance soit avant ou après le mariage, quand il existe des enfants, ne préjudiciera-t-elle pas également à leurs droits? Ne diminuera-t-elle pas la part de chaque enfant de celle qui est nécessaire pour compléter celle de l'enfant naturel? »

Tels sont les principaux raisonnements présentés par Delvincourt.

Ces raisonnements sont spécieux sans doute, mais sont-ils justes?

Nous ne le pensons pas.

Ils viennent se briser contre cette maxime si ancienne et si connue, que les prohibitions comme les déchéances, comme les nullités, sont de droit étroit et ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

Or, la lettre de l'art. 337 n'est pas équivoque. « *La reconnaissance* faite PENDANT LE MARIAGE par *l'un des époux ne pourra nuire* à l'autre époux ni aux enfants nés de ce mariage. »

Ces expressions sont évidemment restrictives. Comment pourrait-on, sans ajouter à la loi, les étendre à une reconnaissance postérieure à la dissolution du mariage ?

Il est un autre axiôme suivant lequel il est permis de faire ce que la loi ne défend pas. Cet axiôme doit s'appliquer aux actes commandés par la nature et par la morale. Et dans leur nombre ne doit-on pas ranger les reconnaissances des enfants naturels?

Si l'article 337 annule l'effet de ces reconnaissances lorsqu'elles ont été faites pendant le mariage, « c'est une dérogation aux règles générales qui autorisent les reconnaissances et en fixent les effets..... C'est tout ensemble un hommage et un sacrifice offert à la plus précieuse des institutions sociales. Mais ce sacrifice et cet hommage sont-ils dus

au simple souvenir de l'union conjugale comme à cette union même? »

Tel était le langage de l'avocat-général Pons devant la Cour de cassation, en examinant le pourvoi formé contre la Cour de Pau; et la Cour régulatrice rendit hommage à ces principes en rejetant le pourvoi par des motifs ainsi conçus :

« Considérant que toute discussion sur l'esprit d'une loi » est inutile, lorsque son texte est clair; qu'il est évident » que l'art. 337 ne parle que des reconnaissances d'enfants » naturels faites pendant le mariage; que ce sont unique- » ment les reconnaissances faites pendant le mariage, qui, » dans les cas prévus par l'art. 337, ne peuvent opérer » d'effets en faveur des enfants naturels; que la reconnais- » sance dont il s'agit n'a pas été faite pendant le mariage » de Léon-François Picot, mais bien après la mort de son » épouse; d'où il suit que l'article 337 n'est pas textuelle- » ment applicable à l'espèce. »

La Cour de cassation rappelle, par le premier de ces motifs, une vérité constante, c'est qu'il n'y a pas lieu de discuter sur l'esprit de la loi lorsque son texte est clair. Ces discussions ne peuvent être, en effet, que dangereuses; elles dénaturent le texte, elles en éloignent, elles substituent à la volonté de la loi une volonté arbitraire, elles violent la règle sous prétexte de l'interpréter.

Dans l'espèce, d'ailleurs, l'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Et ce qui le prouve c'est la suppression de l'art. 31 du projet de Code, qui portait littéralement la disposition prohibitive que l'on recherche vainement dans l'esprit de l'art. 337 qui a été seul conservé.

Cet article 31 « ne permettait à l'époux devenu veuf de » reconnaître les enfants naturels qu'il aurait eus avant son » mariage que dans le cas où il ne resterait pas d'enfants is- » sus du mariage (1). »

(1) Touiller, *Droit civil*, n° 959.

La remarque est décisive.

Mais lorsqu'on en ferait même abstraction, comment refuser à un père naturel, après la dissolution de son mariage, la consolation de reconnaître avec effet un enfant naturel né antérieurement au mariage, tandis qu'il aurait le droit de reconnaître des enfants aussi naturels qu'il aurait eus depuis son veuvage ?

Pourquoi établir entre des enfants de la même classe une si cruelle différence ?

Pourquoi traiter, sans autre motif que l'ordre des dates de leur naissance, avec rigueur les premiers nés, avec indulgence les derniers venus, quoique la reconnaissance de ceux-ci comme celle de ceux-là affaiblissent également les droits des enfants légitimes ?

Si un enfant naturel, né avant le mariage, a pu être reconnu après la dissolution de cette union, pour lui assurer seulement l'état et les droits d'enfant naturel, à plus forte raison a-t-il pu l'être pour le légitimer par un mariage subséquent ?

Aux raisonnements que nous avons faits sur l'art. 337 isolément considérés, on peut ajouter ceux que fournit l'article 331 sur la légitimation.

Cet article pose, comme règle générale et absolue, le droit de légitimation par mariage subséquent en faveur de tous bâtards simples, quelle que fût l'époque de leur naissance. Il n'admet aucune distinction, aucune restriction à la règle. Il n'en excepte pas le cas où il a existé un autre mariage depuis la naissance de l'enfant, ni celui où l'enfant naturel a des frères légitimes nés du mariage intermédiaire. L'article doit donc être appliqué dans toute l'étendue et à tous les cas que comporte son texte, c'est-à-dire même aux enfants nés avant le mariage intermédiaire, pourvu qu'ils aient été reconnus par les deux nouveaux époux ou qu'ils le soient par l'acte de célébration de leur mariage.

La question a été jugée en ce sens, par un arrêt de la

Cour de cassation du 22 janvier 1812, dans la cause de la dame Rebecqui, contre les héritiers de Virgile. C'était, il est vrai, sous l'empire de la loi du 12 brumaire an 2, que le sieur Gras, ancien prêtre, et Marie-Magdelaine Virgile, femme divorcée, reconnurent et déclarèrent légitimer, par leur acte de mariage du 11 floréal an 2, une fille qu'ils avaient eue en 1778, à une époque où le sieur Gras était dans les ordres. Le Code civil n'était pas la loi de la difficulté. Mais elle aurait dû se juger de la même manière sous le Code (1).

Des dispositions de cet article 331, on pourrait aussi conclure que lors même que l'enfant né avant le mariage intermédiaire, aurait été reconnu pendant la durée de ce mariage, sa légitimation postérieure par mariage subséquent n'en serait pas moins valable, et n'en assurerait pas moins à l'enfant tous les droits d'enfant légitime.

En effet, l'art. 337 ne déclare pas nulle la reconnaissance pendant le mariage d'un enfant naturel né d'un autre que de l'épouse du reconnaissant. Il se borne à dire qu'elle ne pourra nuire à l'autre époux ni aux enfants nés du mariage.

Mais si cette reconnaissance ne peut attribuer à l'enfant de droits sur les biens de son auteur, elle n'en subsiste pas moins comme aveu de paternité ou de maternité, et comme valant à l'enfant l'état authentique d'enfant naturel de celui qui l'a reconnu.

Or c'est tout ce qu'exige l'art. 331.

Aux termes de cet article, pour que le mariage subséquent produise la légitimation de l'enfant né antérieurement, il suffit qu'il y ait aveu de la paternité ou de la maternité dans un acte authentique qui ait précédé le mariage ou qui l'accompagne; il importe peu que l'acte qui renferme cette déclaration ait été passé pendant un précédent ma-

(1) V. l'arrêt dans le Recueil de Sirey, t. 12. 1er p., page 161; Denev., t. 10. 1. 233.

riage. Car ce n'est pas de cette déclaration isolée que l'enfant reçoit ses droits de légitimité, c'est le mariage subséquent qui les lui confère ; et si, comme enfant naturel, il n'aurait rien à réclamer sur la fortune de son père à cause de la circonstance du premier mariage pendant lequel il a été reconnu, comme enfant légitimé par le mariage postérieur, il acquiert, en vertu de l'art. 331, tous les droits, tous les avantages attachés par la loi à sa nouvelle qualité (1).

657. Nous avons cité, sur la question principale, un arrêt de cassation, rendu le 22 janvier 1812, à l'occasion du mariage d'un prêtre qui, par l'acte civil, avait reconnu avec son épouse un enfant né d'un commerce illicite qu'ils avaient eu entr'eux en 1778, époque à laquelle le père était déjà investi de la prêtrise. Cet arrêt juge aussi que la légitimation par mariage subséquent peut avoir lieu quoique, au moment de la conception de l'enfant et à celui de sa naissance, il existât un empêchement légal et des plus graves à ce que les père et mère de l'enfant s'unissent par mariage.

Aujourd'hui encore un tel mariage légitimerait l'enfant né avant le mariage du commerce d'un prêtre avec la femme à laquelle il va s'unir (2).

Mais pour pouvoir se marier il faudrait que le prêtre ne se fût pas, depuis la loi organique du concordat, du 18 germinal an 10, mis en communication avec son évêque et n'eût pas continué ou repris les fonctions de son ministère. Car si la loi du 15 février 1790 a déclaré ne reconnaître désormais aucun vœu religieux ni solennel, si la loi du 20 septembre 1792 n'a pas mis les vœux religieux au nombre des em-

(1) Voir sur la question de *Légitimation*, dans le cas d'existence d'enfants nés d'un mariage intermédiaire, Loiseau, p. 284 ; Favard, v. *Légitimation*, § 1. n° 5. Et sur la reconnaissance après la dissolution du mariage, Duranton, t. 3, n° 253, et Proudhon, Traité de l'état des personnes, t. 2, p. 103.

(2) Merlin, aux mots *Légitimation* et *célébrat.* ; Favard, *ibid.*

pêchements de mariage, si le Code civil a aussi gardé le silence sur cet empêchement, la loi du 18 germinal an 10 a déclaré le mariage incompatible avec les fonctions ecclésiastiques, et une décision de l'empereur, rappelée dans une lettre du ministre des cultes, du 30 février 1807, déclare qu'on ne doit pas tolérer le mariage des prêtres qui se sont soumis au concordat, et ont depuis exercé leur ministère (1).

D'ailleurs, plusieurs arrêts ont décidé que le concordat avait remis en vigueur l'empêchement admis par les anciens canons. C'est ce qu'a jugé, le 27 décembre 1828, la Cour de Paris dans l'affaire Dumonteil; et son arrêt a été sanctionné par la Cour de cassation, même depuis la Charte de 1830, par un arrêt de rejet du pourvoi du 21 février 1833 (2).

658. Les motifs qui ont fait admettre, depuis les nouvelles lois, la légitimation par mariage subséquent de l'enfant né avant 1789 d'un prêtre, quoiqu'il y eût alors empêchement dirimant à son mariage avec la mère de l'enfant, doivent, à plus forte raison, faire décider que cette légitimation peut avoir lieu pour un enfant conçu avant l'âge où ses père et mère pouvaient se marier.

Il est vrai qu'il y avait alors empêchement dirimant au mariage. (Art. 144 du Code civil.) Mais cet empêchement n'était que temporaire; la nullité qui en résultait n'était aussi que temporaire; elle s'effaçait même par la conception de la femme avant l'âge de quinze ans révolus. (Code civil, art. 184 et 185.)

Enfin, ce qui est décisif c'est que les seuls obstacles légaux à la légitimation par mariage subséquent sont le vice de l'inceste et celui de l'adultère. (C. c., art. 331.)

659. La solution que nous venons d'indiquer nous conduit à l'examen d'une autre question; un mineur peut-il légitimer par mariage subséquent?

(1) Loiseau, *ibid*, p. 272. (Voir aussi un arrêt du 17 janvier 1846, Sirey, t. 46. 2. 97.)

(2) V. ces arrêts dans le Journal de Dalloz, 32. 2. 48, et 33. 1. 121.

Cette question se réduit à examiner si le mineur est apte à reconnaître son enfant naturel. Car si la reconnaissance est valable, la loi s'en empare, et le mariage subséquent des père et mère de l'enfant reconnu produit la légitimation.

Or, un mineur a comme un majeur capacité pour reconnaître son enfant naturel.

Les principes sur la nullité des consentements donnés par les mineurs, sur leur incapacité de contracter, sur la protection dont la loi les entoure, ces principes aussi sages que bienveillants et qui offrent aux mineurs, dans les cas ordinaires, une garantie salutaire contre la faiblesse et l'inexpérience de leur âge, ces principes bienfaisants sont cependant inapplicables à la reconnaissance d'un enfant naturel.

Une telle reconnaissance n'est pas un contrat; c'est la simple déclaration d'un fait; et qui peut le déclarer, le confesser ce fait, si ce n'est celui qui en est l'auteur?

Cette reconnaissance n'exige pas le concours de l'enfant reconnu; elle est l'ouvrage du père seul; on ne peut donc l'assimiler à une obligation ordinaire.

Cette reconnaissance est seulement l'aveu d'une faute contre la morale et contre la loi également blessées par le concubinage, la réparation d'une espèce de quasi-délit, d'un tort causé soit à la mère de l'enfant, soit à l'enfant lui-même qu'on a jeté dans la société, isolé et sans secours. Une telle réparation est commandée même par le droit général (art. 1382).

Le mineur dirait-il que cette reconnaissance lèse ses intérêts, qu'elle lui impose des obligations qui pèsent sur sa fortune, qu'elle attribue contre lui des droits dont l'exercice peut lui devenir très-onéreux?

Cela est vrai.

Mais les intérêts de l'enfant naturel sont plus recommandables encore que ceux du père mineur.

Mais les obligations que la reconnaissance civile impose à celui-ci lui étaient déjà imposées par la loi naturelle. Ce

n'est pas la reconnaissance qui les a créées ; elle les a seulement fait connaître.

Mais les droits de l'enfant sont le résultat du fait de sa naissance. En lui donnant le jour on lui a attribué le droit d'exiger contre ceux desquels il a reçu l'existence, les soins et les secours qui lui sont nécessaires pour la conserver.

Sur quels motifs, d'ailleurs, le père mineur pourrait-il obtenir la nullité de la reconnaissance ?

Ou le fait reconnu est réel ou il est faux. S'il est réel, la déclaration de paternité ne peut être démentie ; et cependant tant qu'elle subsistera tous ses effets doivent aussi subsister, parce que la loi les établit et que c'est elle qui règle les devoirs du père naturel.

Si le fait est faux, la reconnaissance, qui n'aura eu lieu que par erreur, surprise ou dol, ne lie pas celui qui l'a faite, et l'art. 1109 du Code fournit au mineur comme au majeur le moyen d'échapper aux conséquences de cette reconnaissance erronée, en démontrant la fraude ou l'erreur qui l'ont dictée.

Le père mineur ne peut donc, en cette matière, être dans une position différente de celle du majeur (1).

Mais s'il a pu reconnaître, il a pu aussi légitimer en contractant mariage avec la mère de son enfant naturel. Il y a sur ce mode de légitimation d'autant moins de difficulté que pour un mariage le mineur est autorisé par ses ascendants ou, s'il n'en a pas, par le conseil de famille.

660. La légitimation par mariage subséquent est un droit attaché à l'état civil. L'enfant naturel mort civilement ne peut l'obtenir. Car il est réputé mort aux yeux de la loi. Il n'existe plus que de la vie naturelle. Il ne peut faire que les actes attachés à la vie naturelle, tels que l'achat, la vente, l'échange, les contrats contenant, en sa faveur ou de sa part, obligation à titre onéreux. S'il peut être reconnu

(1) Loiseau, p. 510 et suivantes.

comme enfant naturel, ce titre ne peut lui attribuer de droits qu'à des aliments. Rayé de la vie civile, incapable de faire un mariage légal et d'avoir des enfants légitimes, il ne peut jouir lui-même du bienfait de la légitimation. Comment pourrait-il acquérir cet avantage, lui qui, s'il était déjà enfant légitime, serait privé par la mort civile de tous les droits attachés à ce titre? (V. C. c., art. 25, 33, 1092.)

Nous examinerons sur l'art. 332 si les enfants du fils naturel mort civilement peuvent être légitimés par mariage subséquent.

661. La légitimation peut s'opérer par un mariage *in extremis*.

Il n'en était pas ainsi sous l'ancienne législation. La déclaration de 1639, art. 6, et l'édit de mars 1697 privaient de tous effets civils ces sortes de mariage, et déclaraient incapables de toutes successions les enfants nés des deux époux, soit avant soit après ces unions que la débauche avait préparées, que la crainte d'une mort prochaine avait fait contracter.

Cette législation sévère a été abolie par nos nouveaux législateurs qui ont pensé qu'on ne devait pas fermer la porte au repentir, et que l'on devait admettre un père et une mère naturels à réparer, même à l'extrémité de leur existence la honte d'un commerce illicite, et à purifier la source dans laquelle l'enfant avait puisé sa vie.

Nous avons déjà démontré que les mariages *in extremis* étaient valables, et qu'ils produisaient tous les effets civils. Ils doivent donc aussi opérer la légitimation qui est un de ces effets.

Au reste, il ne restera pas sur la question le plus léger doute, si l'on considère que, dans la discussion du projet du Code, le Conseil d'Etat a rejeté un article que proposait la section de législation, et qui déclarait que « le mariage con-
» tracté à l'extrémité de la vie entre deux personnes qui
» auraient vécu dans le concubinage, ne légitime point les

» enfants qui en seraient nés avant ledit mariage (1). »

662. Par les mêmes motifs, les mariages secrets mais non clandestins peuvent produire la légitimation des enfants naturels nés antérieurement des deux époux. Nous avons signalé, dans le chapitre des nullités de mariage, la différence entre le mariage secret et le mariage clandestin ; celui-ci manquant des solennités prescrites par la loi, n'ayant pas même été célébré par un officier public compétent, tandis que l'autre mariage, quoique tenu secret pour le public, n'en avait pas moins été contracté devant l'officier de l'Etat civil compétent, et avait été accompagné, lors de sa célébration, des formalités voulues par la loi. Ce mariage secret, nul autrefois quant aux effets civils, valable aujourd'hui d'après notre législation, doit produire tous les effets attachés au mariage qui aurait reçu toute la publicité possible ; et la légitimation des enfants naturels est nécessairement un de ces effets (2).

663. M. Loiseau, dans son Traité des Enfants naturels, dit avec raison qu'un enfant naturel, déjà reconnu par un autre individu, ne pourrait être légitimé par le mariage subséquent de son vrai père (3).

Cette vérité est évidente. La légitimation suppose la paternité naturelle ; cette paternité en est le fondement ; elle ne peut exister sans elle et sans qu'elle ait été reconnue par acte authentique ou qu'elle le soit dans l'acte du mariage qui légitime. Or, le même individu ne peut avoir deux pères naturels. Si donc déjà l'enfant a été reconnu par un autre père, il faut ou que cette reconnaissance soit annulée, ou qu'il n'y ait ni reconnaissance utile ni légitimation réelle de la part de l'autre individu qui voudrait réclamer la paternité.

(1) Voir la dissertation de Locré, Esprit du Code civil, liv. 1, tit. 5, chap. 4, 3e subdivision.

(2) V. sur la différence des mariages secrets d'avec les mariages clandestins, Locré, *ibid*, 2e subdivision.

(3) Loiseau, p. 259.

Il peut cependant arriver que deux individus différents se déclarent l'un et l'autre, par des actes aussi différents, pères du même enfant naturel, et cela sans même que l'enfant en soit d'abord instruit, puisque la reconnaissance peut se faire hors sa présence.

Alors s'élève une question d'état qui doit être soumise aux tribunaux, et dont le résultat fixe la filiation et par conséquent la paternité. De la décision dépend aussi le sort de la légitimation de l'enfant, qui sera légitimé ou non selon que l'individu qui, après la double reconnaissance, aura épousé la mère, en sera ou non déclaré le père.

Les mêmes observations s'appliquent au cas où le même enfant naturel est réclamé par deux mères différentes.

664. L'obstacle à la légitimation n'existerait pas à l'égard d'un enfant qui dans son acte de naissance serait désigné comme fils d'un autre individu. Car l'énonciation faite hors la présence et sans le consentement du père indiqué n'équivaut pas à reconnaissance de sa part. La légitimation par reconnaissance de paternité et mariage subséquent d'un autre individu a été admise dans un tel cas par un arrêt de la Cour de Paris du 2 juin 1809; et, conformément à ces principes, la Cour de cassation, par un arrêt du 8 octobre 1829, a décidé qu'un enfant, qui avait été reconnu par un individu se disant son père et légitimé par le mariage subséquent de ce père avec la mère que lui attribuait son acte de naissance, et qui avait même une possession d'état conforme à cette légitimation, ne pouvait être dépouillé de cet état par cela seul qu'il existerait un acte de naissance qui lui donnerait un autre père, même un père légitime, si ce père n'avait pas assisté à l'acte de naissance et si la preuve de son mariage avec la mère de l'enfant n'était pas rapportée.

En vain dirait-on que l'acte de légitimation se référant à l'acte de naissance, l'enfant qui excipe à la fois de ces deux actes doit réputer vraies toutes les énonciations qu'il

renferme. En un tel cas, c'est au demandeur qui attaque la légitimation et la possession d'état à prouver la vérité des énonciations.

665. Il en serait autrement si la preuve du mariage des père et mère était rapportée par la production de l'acte civil. Dans ce cas qui n'est pas celui de l'arrêt cité, l'acte de naissance de l'enfant, rapproché de l'acte du mariage des père et mère désignés dans l'acte de naissance feraient attribuer de plein droit la paternité au mari, suivant la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*; et il ne pourrait être permis à un autre individu de reconnaître cet enfant et de le légitimer en épousant la mère devenue veuve du premier époux.

La Cour de Bordeaux a jugé cependant, par arrêt du 19 janvier 1831, que la désignation de la mère par l'acte de naissance équivalait de sa part à une reconnaissance expresse pour la légitimation ultérieure. L'arrêt pourrait être critiqué quoiqu'il s'applique à une mère et que la recherche de maternité, aidée d'un commencement de preuve, soit admise (1).

666. M. Loiseau applique ces raisonnements à un enfant adoptif. Il ne peut, dit-il, être légitimé par le mariage subséquent de son père naturel, parce qu'on ne peut avoir simulatément deux pères (2).

Cette opinion et le motif qu'en donne l'auteur ne sont qu'une erreur échappée sans doute à son inattention.

Personne n'ignore que la filiation adoptive est indépendante de la filiation naturelle du légitimé, et que la première, qui est seulement une fiction, peut concourir avec la seconde qui est la seule réelle.

Toute personne peut adopter l'enfant naturel ou légitime d'un autre, pourvu que les conditions d'âge et de soins exigés

(1) V. cet arrêt et les précédents dans le Journal de Sirey. 12, 2. 357; 30. 1. 4. et 31. 2. 231.

(2) Loiseau, p. 259.

par la loi soient remplies, et que les père et mère de l'enfant âgé de moins de 25 ans, ou le survivant d'eux consentent à l'adoption. (Cod. civ., art. 346.)

Ainsi la reconnaissance d'un enfant naturel ou sa légitimation par le mariage subséquent de ses père et mère ne font point obstacle à l'adoption.

Pourquoi l'adoption serait-elle un obstacle à la légitimation ?

667. Une question plus sérieuse peut être proposée.

Peut-on légitimer un enfant malgré lui ?

Cette question divisait autrefois les auteurs. Elle les divise encore aujourd'hui.

Autrefois, Albéric, Balde, Paul de Castres, Roger, Fachin soutenaient que l'enfant pouvait repousser la légitimation. Ils se fondaient sur le chapitre 11 de la novelle 87, qui ne permettait pas de placer malgré eux sous la puissance paternelle des enfants qui par leur condition n'y étaient pas soumis, et qui y seraient placés par la légitimation. *Nain si solvere jus patriæ potestatis invitis filiis, non permissum est patribus, multò magis sub potestatem redigere invitum filium et nolentem sive per oblationem ad curiam sive per instrumentorum celebrationem, sive per aliam quamlibet machinationem, tanquàm sortem metuentem paternam, justum non est, neque imperii et legislatoris ponimus proprium.*

D'autres docteurs pensaient que cette décision ne devait pas être suivie, 1° parce qu'il est de l'intérêt public que les bâtards soient légitimés; qu'on ne peut déroger par aucun pacte ou plutôt par aucune résistance au droit public; que, par conséquent, il n'est pas au pouvoir d'un enfant naturel de renoncer au bénéfice de la légitimation; 2° parce que ce bénéfice ne vient pas de la volonté du père, mais de la loi à l'influence de laquelle l'enfant naturel ne peut se soustraire.

Pothier, qui avait embrassé cet avis, se fondait sur des motifs plus puissants et plus en harmonie avec notre droit

français qui a tiré du droit canonique ses principes sur la légitimation. Or, suivant le droit canonique, la légitimation de l'enfant naturel s'opère par le seul fait du mariage de ses père et mère ; ce n'est pas seulement en faveur des enfants, c'est aussi en faveur des père et mère qu'elle est établie ; et ceux-ci ne peuvent être privés par le refus des enfants d'un avantage et d'un droit qu'ils tiennent de la loi.

Merlin combat les motifs de cette dernière opinion, et paraît adopter la décision de la novelle, quoiqu'il ne le déclare pas formellement (1).

Loiseau pense que l'enfant naturel, pouvant contester la reconnaissance de paternité s'il y a intérêt, peut aussi par cette raison contester la légitimation par mariage subséquent (2).

Cette dernière opinion est juste ; mais le succès de la contestation dépend des circonstances.

La paternité est un fait que la résistance de l'enfant à la reconnaissance du père ne peut détruire s'il existe réellement ; et comme la légitimation par mariage subséquent a pour base la reconnaissance de paternité qui doit précéder ou accompagner la célébration du mariage, il faut rechercher comment peut être combattue et détruite la déclaration de paternité.

L'article 339 du Code, dit que toute « reconnaissance de » la part du père et de la mère, peut être contestée par » tous ceux qui y auront intérêt. »

Dans la disposition générale de cet article, l'enfant se trouve compris comme toute autre partie intéressée. Il ne peut, d'ailleurs, invoquer aucune disposition spéciale qui l'autorise à repousser par le simple mouvement de sa volonté une filiation que la déclaration du père lui confère.

(1) V. la dissertation de Merlin, sect. 2, § 2, n° 14 ; v. aussi Pothier, n° 423.

(2) Loiseau, p. 288-293.

En effet, aucun article de la loi n'exige pour la validité de la reconnaissance du père, l'acceptation du fils.

La seule condition prescrite, c'est qu'elle soit faite par acte authentique si elle ne l'a pas été par l'*acte de naissance*.

Ainsi, l'enfant naturel a pu être reconnu par son acte de naissance, c'est-à-dire à une époque où il lui était impossible d'exprimer une volonté et d'accepter la reconnaissance ou d'y consentir.

La déclaration de paternité par acte authentique est mise sur la même ligne, et n'est pas soumise à plus de conditions que celle faite par l'acte de naissance. L'acceptation de l'enfant n'y est donc pas nécessaire.

Au reste cette reconnaissance n'est pas un contrat qui ait besoin du concours de toutes les parties intéressées et de leur acceptation.

Cette reconnaissance n'est que la déclaration d'un fait qui existe par lui-même avant d'être déclaré et connu, et qui ne reçoit de l'aveu du père que la publicité qui lui manquait. Comment le consentement de l'enfant naturel pourrait-il être nécessaire à la constatation de ce fait? Ce consentement peut-il modifier ou détruire le fait de la paternité? Dépend-il de l'enfant naturel de se dire né de tel individu plutôt que de tel autre? Comment pourrait-il même accepter ou refuser avec connaissance la filiation qu'on lui déclare? Entre l'enfant et l'individu qui avoue la paternité, celui-ci seul est instruit du fait. Celui-ci seul peut en être juge. C'est donc à lui seul que la loi a dû accorder le droit d'en faire la déclaration; et le fils, auquel la nature même impose l'obligation de ne pas méconnaître son père, ne peut repousser la reconnaissance sans autre motif que sa volonté.

668. Mais si les circonstances indiquaient la fausseté de la déclaration, si elles annonçaient qu'elle a été dictée, non par le cri de la nature, non par la conviction de la paternité, non par le sentiment du devoir, mais par une honteuse spéculation, l'enfant frappé de ces circonstances pourrait

contester la reconnaissance, en signaler, en prouver le mensonge, et échapper ainsi à une paternité frauduleuse qui choquerait sa conviction et ses sentiments.

A plus forte raison aurait-il le droit de combattre une paternité qui tendrait à lui imposer la flétrissure de l'inceste ou de l'adultère ; et il serait d'autant plus fondé à la rejeter et à la faire annuler, qu'abstraction faite même de toutes circonstances, une telle reconnaissance serait interdite par la loi, qui défend expressément de reconnaître des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. (V. art. 335) (1).

En faisant tomber la reconnaissance, l'enfant ferait tomber aussi la légitimation par mariage subséquent. Car le sort de l'une est subordonné au sort de l'autre. (V. art. 331.)

Mais si la reconnaissance est maintenue, la légitimation doit subsister. Quelqu'intérêt qu'eût l'enfant naturel à ne pas devenir fils légitime, il ne pourrait s'opposer à la légitimation, de même que ses père et mère ne pourraient pas l'en priver. Car dès que l'enfant naturel a été reconnu par ses père et mère, si ceux-ci contractent mariage, la légitimation s'opère par la seule force de la loi sans aucune expression nouvelle de la volonté des deux époux, comme sans la participation de l'enfant.

A l'appui des principes qui autorisent l'enfant naturel à contester la reconnaissance de paternité, et par suite la légitimation à laquelle cette reconnaissance sert de base, on peut citer un arrêt rendu par la Cour de Paris, le 28 décembre 1811, dans la cause Tissidre.

Un enfant avait été baptisé à Paris, le 25 juin 1784, sous le nom *d'Antoinette-Marie-Jeanne, fille de Marie-Magdeleine Monroy, et d'Antoine de l'Etang, marchand, . . . demeurant rue du Colombier. . . . le père absent.*

Le 28 juillet 1791, acte de mariage de Pierre Tissidre

(1) Voir sur la reconnaissance d'un enfant naturel malgré lui, Proudhon, *Traité des personnes*, t. 2, p. 117; et Loiseau qui en transcrit la dissertation, p. 495 et suivantes.

et de Marie-Magdelaine Reynau, à la suite duquel on lisait : « Et à l'instant les susdits comparants ont reconnu être issue » de leurs faits et œuvres, une fille née le 24 juin 1784, » et baptisée le lendemain, à la paroisse de St-Sulpice, » sous le nom d'Antoinette-Marie-Jeanne, fille d'Antoine » de Létang, marchand, demeurant rue du Colombier, et » de Marie-Magdelaine Monroy, et ont signé. »

Les époux Tissidre mirent aussitôt la fille Antoinette dans une pension.

La femme Tissidre mourut en l'an 2. Son mari Tissidre fut nommé tuteur de l'enfant par un conseil de famille. Il contracta bientôt un second mariage, ensuite un troisième.

Antoinette-Marie-Jeanne, devenue majeure, crut devoir contester contre Tissidre lui-même la reconnaissance de paternité et par suite sa légitimation.

Cette prétention fut accueillie par la Cour de Paris, par une décision dont voici les motifs :

« Attendu que l'acte de naissance et la possession d'état » d'Antoinette de Létang la présentent comme fille de Ma- » rie-Magdelaine Monroy ; que dès lors Pierre Tissidre et » Marie-Magdelaine Reynau n'ont pu, par un mariage et » une reconnaissance postérieure, lui donner, *malgré elle*, » un état autre que celui qui résultait de son acte de nais- » sance et de sa possession conforme (1);

» Met l'appellation au néant, etc. »

Sur cet arrêt, M. Duranton, après avoir fait observer que la Cour de Paris avait reconnu, en principe, que la légitimation pouvait être attaquée par l'enfant lui-même, en combattant la reconnaissance qui lui avait servi de base, ajoute avec justesse :

« Quant à l'application du principe, elle doit évidemment » être subordonnée aux faits et aux circonstances de la » cause. Tel est le sens de l'art. 339 (2). »

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, 12. 2. 67.
(2) Duranton, t. 3, n° 189.

669. La légitimation peut être opérée par le mariage d'un Français avec une étrangère, en faveur de l'enfant né, même en pays étranger, de leur cohabitation antérieure. Rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'un Français reconnaisse un enfant naturel qu'il aurait eu en pays étranger; et cette reconnaissance, suivie du mariage avec la mère qui aurait elle-même reconnu l'enfant, produit la légitimation.

On sait que l'étrangère qui épouse un Français devient Française, et qu'elle est soumise, par conséquent, à la législation de France. (V. C. c., art. 12.) On sait aussi que l'enfant né d'un Français en pays étranger est aussi Français. (C. c., art. 10.)

Il y aurait plus de difficulté pour la légitimation d'un enfant né du commerce d'un étranger avec une Française. Le mariage subséquent des père et mère soumettrait l'épouse à la condition de son mari, et la rendrait étrangère comme lui. La légitimation ne pourrait en être l'effet qu'autant qu'elle serait admise par la loi du pays de l'étranger.

On devrait, à plus forte raison, le décider ainsi à l'égard de deux étrangers fixés en France mais sans y être naturalisés. Leur mariage ne légitimerait pas l'enfant qu'ils auraient eu antérieurement si la loi étrangère ne le permettait pas.

Mais s'ils se faisaient naturaliser Français avant de s'unir par mariage, la légitimation s'opérerait.

La naturalisation postérieure au mariage produirait-elle le même effet? Boullenois le pensait ainsi; et Merlin, qui transcrit l'opinion de Boullenois, paraît l'approuver. Cela ne se pourrait pas sous le Code. Le texte et l'esprit de l'article 331 indiquent que c'est au moment seul du mariage que la légitimation doit s'opérer (1).

670. Nous avons dit que le mariage produit de plein droit

(1) Merlin, Rep., v° *Légitimation*, sect. 2, § 2, n° 13.

la légitimation de l'enfant lorsqu'il a été précédemment reconnu.

Comment doit être faite cette reconnaissance?

L'art. 334 exige que celle du père soit faite par un acte authentique lorsqu'elle ne l'a pas été dans l'acte de naissance.

Pour que l'acte de naissance la produise, il faut que le père y soit présent et qu'il y ait fait la déclaration de sa paternité, ou au moins qu'il y soit représenté par un fondé de pouvoir spécial et authentique, afin qu'il ne puisse pas s'élever de doute sur l'aveu de la paternité et sur la personne de laquelle émane cet aveu. L'énonciation de la paternité, dans l'acte de naissance et sans le consentement authentique du père, serait sans force. Il n'en résulterait qu'une présomption vague de paternité qui ne pourrait en autoriser la recherche contre la prohibition de la loi. (C. c., art. 340.)

Si le père indiqué dans l'acte de naissance le signait, il y aurait reconnaissance. Car l'énonciation serait réputée son ouvrage. On ne pourrait pas, d'ailleurs, présumer qu'il ait signé l'acte sans l'avoir lu ou sans en avoir reçu la lecture.

Quant à l'autre mode de reconnaissance, qu'entend-on par acte authentique?

On entend un acte passé devant un fonctionnaire public compétent.

Par exemple :

1° Un officier de l'Etat civil, quelle que soit la commune où il exerce ses fonctions. Seulement il doit en être fait mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant. (V. articles 62, 66.) Cette dernière prescription n'est, au reste, que réglementaire ; elle n'influe pas sur la validité de la reconnaissance ;

2° Un notaire. La loi du 25 ventôse an 11, art. 1er, investit ces fonctionnaires d'un droit de juridiction volontaire qui donne de l'authenticité aux déclarations comme aux contrats passés devant eux. La jurisprudence a toujours sanctionné de telles reconnaissances ;

3° En un mot, on devrait réputer valable toute reconnaissance de paternité émanée de la volonté libre du père, et contenue dans un acte quelconque de l'autorité judiciaire ou administrative, reçu par ces autorités dans l'exercice de leurs fonctions. Car la loi n'exige qu'un acte authentique. Or, l'article 1317 déclare authentique tout acte « qui a été reçu par » officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu » où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises.

Les énonciations même exprimées dans de tels actes vaudraient reconnaissance de paternité, pourvu qu'elles eussent un trait direct à la disposition principale, et que le père désigné y eût été partie. (V. C. c., art. 1320.)

Quant à la reconnaissance de la mère, la loi est moins exigeante. Elle admet la recherche de maternité, pourvu cependant qu'elle soit appuyée d'un commencement de preuve par écrit. (V. art. 341.) A plus forte raison doit-on regarder comme suffisante une déclaration de maternité par acte sous seing-privé.

Mais, pour que le mariage subséquent légitime l'enfant ainsi reconnu par la mère, il faut que l'acte sous seing-privé ait acquis avant le mariage une date certaine. Car l'article n'attribue le bénéfice de la légitimation qu'à l'enfant *légalement* reconnu avant la célébration du mariage. Lorsque l'acte de célébration n'en parle pas, il faut donc qu'il soit certain que la reconnaissance a précédé l'union, et comment en aurait-on la certitude si la date de l'acte sous seing-privé n'était pas certaine? (V. l'art. 1328.)

Les termes de l'article 331 ne permettraient pas aussi de rechercher la maternité après le mariage, quoiqu'on eût un commencement de preuve par écrit, pour obtenir les avantages de la légitimation.

Nous nous bornerons à ces observations générales sur la reconnaissance des enfants naturels, matière vaste et qui nous écarterait trop de notre sujet auquel elle n'est pas directement applicable.

671. Nous ajouterons seulement que suivant un arrêt rendu le 19 janvier 1831, par la Cour de Bordeaux, l'acte de naissance d'un enfant naturel indiquant quelle est sa mère équivaudrait à une reconnaissance expresse de la part de la mère pour légitimation ultérieure (1).

Cette décision est peu conforme aux règles.

Elle serait d'une application dangereuse. Car il serait facile de créer ainsi une fausse filiation, et de légitimer un enfant, qui non-seulement n'aurait pas été réellement reconnu par la mère qu'on lui attribuerait, mais qui même ne serait pas son œuvre, et qui, à son insu, par fraude ou par erreur, aurait été inscrit sous son nom dans les registres de l'État civil.

Mais si l'indication de la mère dans l'acte de naissance était suivie de la reconnaissance du père avec semblable indication et de soins donnés par la mère à l'enfant, ces circonstances pourraient tenir lieu de l'aveu de la mère (2).

672. Une loi du 14 floréal an 11 (4 mai 1803), déclare que « l'état et les droits des enfants nés hors mariage, dont » les pères et mères sont morts depuis la promulgation de » la loi du 12 brumaire an 2 jusqu'à la publication des » titres du Code civil sur la paternité et la filiation, seront » réglés de la manière prescrite par ces titres. »

Résultera-t-il de cette loi que les enfants naturels, nés avant le Code civil et dont les père et mère se seraient mariés soit dans l'intervalle de la loi de l'an 2 au Code soit même antérieurement, ne seraient pas légitimes si la reconnaissance de leurs père et mère n'avaient pas précédé le mariage de ceux-ci ?

Cette question peut se présenter dans divers cas.

Ou le mariage des père et mère avait eu lieu sous l'an-

(1) Sirey, 31. 2. 231.

(2) Voir un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1839. Sirey, 39. 1. 5.

cienne législation ainsi que la reconnaissance de l'enfant, quoique postérieure au mariage ;

Ou le mariage et la reconnaissance sont postérieurs à la loi intermédiaire du 18 brumaire an 2, mais antérieurs au Code civil ;

Ou le mariage seul a précédé le Code civil, et la reconnaissance n'est venue qu'après.

Dans le premier cas, il ne saurait y avoir de difficulté, quoique les père et mère fussent vivants lors de la publication de la loi du 12 brumaire an 2. Car, suivant l'ancienne législation, le mariage des père et mère rendait légitimes de plein droit, tous les enfants nés d'eux antérieurement, sans qu'il fût besoin qu'ils eussent été reconnus aussi antérieurement.

La reconnaissance postérieure suffisait comme servant seulement à faire connaître les individus auxquels s'appliquait cette légitimation, et cette reconnaissance étant antérieure même à la loi du 12 brumaire an 2, la légitimation était acquise aux enfants ainsi reconnus. Ce droit acquis ne pouvait leur être enlevé par une loi nouvelle dont l'effet n'est jamais rétroactif, et par conséquent ils conservaient l'état et les droits d'enfants légitimes.

Notre opinion n'est même pas en contradiction avec la loi du 14 floréal an 11, qui, par son article 3, respecte les conventions antérieures au Code civil, et veut que l'on exécute suivant leur forme et teneur celles par lesquelles l'état et les droits des enfants naturels auraient été réglés. Or, cette exception doit s'appliquer évidemment aux légitimations faites avant l'an 2, par le mariage et par la reconnaissance postérieure des père et mère. Ce mariage et cette reconnaissance combinés avec la législation de l'époque étaient de vraies conventions sur l'état et les droits des enfants naturels.

Il doit en être de même pour les enfants naturels qui ont été reconnus dans l'intervalle de la loi intermédiaire à la loi nouvelle. Car celle du 12 brumaire an 2 était étrangère

aux règles sur la légitimation ; elle ne s'occupait que des enfants naturels dont l'état n'avait pas changé, et elle leur attribuait, sur les biens de leurs père et mère et même sur ceux de leurs parents collatéraux, des droits de successibilité égaux à ceux des enfants légitimes.

Quant au mode de la légitimation et à ses effets, elle était absolument muette, et par conséquent les anciens principes de la matière ont dû subsister jusqu'à l'émission du Code civil.

Ainsi, soit que les père et mère d'un enfant naturel se soient mariés avant ou depuis la loi de brumaire an 2, l'enfant, qu'ils auront reconnu après leur mariage et sous cette loi doit jouir de l'état et des droits d'enfant légitime. Le décider autrement ce serait donner au Code civil un effet rétroactif qui est cependant formellement interdit par un des premiers articles de ce Code, l'article 2, dont le rang de numération prouve combien le législateur a été attentif et prompt à prévenir que tout ce qu'il allait décréter ne s'appliquait qu'à l'avenir.

Une difficulté plus grave est relative aux enfants nés avant mariage de père et mère qui s'étaient mariés antérieurement au Code civil, mais qui n'ont reconnu leurs enfants que depuis la loi nouvelle.

Ces enfants seront-ils considérés comme légitimes, ou seront-ils réduits à l'état et aux droits des enfants naturels?

D'un côté, on peut dire à leur préjudice que la légitimation par mariage subséquent est une faveur de la loi; qu'elle peut, par conséquent, la refuser ou ne l'accorder que sous les conditions qu'elle fixe; que ceux qui n'avaient pas obtenu cet avantage sous la législation ancienne n'avaient aucun droit acquis au moment où le Code a paru; que, par conséquent, la loi en les privant de la légitimation et privant les père et mère de la faculté de les légitimer n'a pas exercé un effet rétroactif; qu'enfin, les lois sur les personnes ont un effet instantané, et s'appliquent, dès leur

émission, à tout individu dont l'état, les droits et la capacité ne sont pas fixés.

De l'autre côté on peut faire observer que les père et mère au moment de leur mariage, ni même postérieurement, n'ont pas dû prévoir un changement aussi prononcé de législation que celui qui a été adopté par les auteurs du Code civil; que, confiants dans la législation ancienne dont les principes les rassuraient sur le sort de leurs enfants, ils n'ont pas dû considérer comme nécessaire, ni de reconnaître leurs enfants au moment de leur mariage, ni de se hâter de les reconnaître depuis; que la loi nouvelle, si on la leur appliquait, les aurait surpris; qu'elle leur aurait enlevé une faculté acquise, un droit qui leur appartenait, quoiqu'ils ne l'eussent pas exercé; qu'en les privant de ce droit le Code civil aurait un effet rétroactif; que, d'ailleurs, le Code civil, dans l'article 331, ne s'occupe que des mariages à faire; qu'il ne dispose que pour les mariages qui se célébreraient sous son empire, et qu'il laisse dans le domaine de la législation ancienne, tous les effets des mariages antérieurs à son émission, tous les droits, toutes les facultés attachés à ces mariages, que, par conséquent, on doit appliquer aux pères et mères mariés avant le Code civil toutes les règles anciennes sur la légitimation de leurs enfants naturels, et dire que le fait seul du mariage les a légitimés de plein droit; qu'ils étaient légitimés sans le savoir, et que la reconnaissance postérieure n'a fait que dévoiler au public et à eux-mêmes un état et des droits dont ils étaient déjà investis sans les connaître.

Cette dernière opinion nous paraît la plus consolante pour les père et mère, la plus équitable pour les enfants, la plus juste même et la plus conforme au grand principe de la non rétroactivité des lois. Nous l'adoptons.

Nous croyons donc que la Cour de Nîmes a mal jugé en décidant par arrêt du 15 juillet 1819, que la légitimation par mariage sous la loi du 12 brumaire an 2, entre époux

décédés sous le Code civil, devait être réglée par le Code (1).

Mais on doit partager l'opinion émise dans les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation, du 12 avril 1820, qui déclarent, relativement à un enfant né sous la loi du 18 brumaire an 2, qui se prétendait fils naturel d'un père décédé sous cette loi, et qui prétendait, de plus, avoir été légitimé par le mariage subséquent de son père avec sa mère, que s'il pouvait invoquer des lois antérieures au Code civil en ce qui touche les preuves et les effets de la légitimation, c'est au Code civil qu'il est renvoyé par loi transitoire du 14 floréal an 11, en ce qui touche les preuves de sa filiation comme enfant naturel (2).

Cette décision de la Cour régulatrice prouve que la loi du 14 floréal an 11, est étrangère aux questions de légitimation, mais qu'elle régit l'état et les droits, et par conséquent, le mode de la reconnaissance des enfants naturels; ce que la loi de floréal an 11 porte, d'ailleurs, expressément, mais ce qui ne doit s'appliquer qu'à ceux des enfants nés hors le mariage qui n'avaient pas déjà été reconnus sous la loi de brumaire an 2, ou dont la filiation n'avait pas déjà été fixée sous l'empire de cette loi par les actes conventionnels ou judiciaires qu'elle autorisait. Car la loi de floréal an 11, par ses articles 2 et 3, respectait l'état et les droits précédemment réglés conformément aux lois antérieures.

673. L'art. 331 du Code civil pourvoit au sort des enfants nés hors mariage.

L'art. 332 s'occupe de celui des petits-enfants dont le père est décédé avant leur aïeul, en voici les termes :

« La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et dans ce cas elle profite à ces descendants. » Art. 332.

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 19. 2. 283.

(2) V. cet arrêt dans le Journal de Sirey, t. 20. 1. 342; et dans celui de Dalloz j., 18. 1. 406.

Cet article fait cesser la controverse que la question avait fait naître autrefois.

Beaucoup d'auteurs refusaient au mariage l'effet de légitimer les descendants de l'enfant naturel prédécédé. L'enfant n'ayant jamais été légitimé, disaient-ils, n'avait pu transmettre à ses descendants une qualité dont il était privé lui-même, ni ceux-ci arriver à leurs aïeux que par l'intermédiaire de leur père dans lequel ils trouvaient le vice de leur origine.

Mais cette opinion, appuyée sur quelques lois romaines, en opposition avec d'autres lois, avait été repoussée par beaucoup d'autres et n'était pas en général admise parmi nous. Lebrun, Fachin, Perrezius, Furgoles, Pothier étaient d'avis que la légitimation s'étendait aux descendants de l'enfant prédécédé (1).

« La loi, par la fiction de la légitimation, disait ce dernier auteur, purge le vice de l'union que les parties ont eue ensemble avant le mariage, la fait regarder comme une espèce d'anticipation du mariage qu'elles ont depuis contracté, et par conséquent légitime les enfants qui en sont nés et tous ceux qui en sont descendus, comme enfants de ce mariage par anticipation. »

L'équité de cette opinion l'a fait admettre.

« La légitimation du père, dit l'orateur qui a exposé les motifs de la loi, aurait eu sur le sort et sur la fortune de ses enfants une telle influence qu'elle ne saurait être regardée comme un bienfait qui lui soit personnel. C'est un chef de famille que la loi a voulu créer. Si ce chef n'existe plus ses descendants doivent être admis à le représenter (2). »

Ces motifs peuvent servir à résoudre une question im-

(1) Le Brun, liv. 1, chap. 2. sect. 1, dist. 1, n° 1; Fachin, lib. 3, cap. 56; Perezius, Furgoles, Pothier, *du Mariage*, n° 413, Jurisprudence de Lacombe, v. *Légitimation*, n° 1.

(2) Discours de Bigot-Préameneu; v. Légist. civile de Locré, t. 16, commentaire 9, n° 28.

portante. Les descendants d'un enfant naturel mort civilement peuvent-ils être légitimés par le mariage de leurs aïeux ?

On doit répondre affirmativement. La mort civile est l'image de la mort naturelle; elle produit les mêmes effets quant à la transmission aux héritiers des biens et des droits du défunt. Les enfants du mort civilement, non-seulement recueillent sa succession, mais encore le représentent dans la succession de leurs aïeux auxquels ils succèdent aussi du chef de leur père (C. civ. art. 745); cette représentation qui s'étend à tous les droits qui seraient échus au père s'il avait conservé sa vie civile, pourquoi ne s'étendrait-elle pas aussi au bienfait de la légitimation ?

On peut opposer que l'art. 332 parle seulement du cas du décès de l'enfant naturel : « En faveur des enfants *décédés* » qui ont laissé des descendants, » dit l'article.

Mais aux yeux de la loi l'enfant mort civilement est dans la même position que l'enfant mort naturellément. Sa vie sociale est éteinte. Tous les effets de la mort naturelle lui sont applicables à l'égard de la société civile, dont il est retranché comme s'il était mort naturellement. Ainsi la loi, qui ne règle que les rapports et les droits civils, doit lui être appliquée comme si la mort naturelle l'avait frappé.

D'ailleurs le texte de l'art. 332 n'est pas restrictif aux enfants décédés naturellement; il doit donc s'entendre aussi du décès civil que la loi déclare et qu'elle assimile par toutes ses dispositions au décès naturel.

Enfin l'esprit de la loi commande cette interprétation. Car c'est en considération des descendants de l'enfant que la règle a été admise. Elle a voulu que ces descendants pussent représenter le chef de famille que sa mort l'empêche de créer. Or, que la mort de ce chef de famille soit civile ou naturelle, les mêmes raisons se présentant, la même règle doit être adoptée, *ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet. (Goth. in* L. 9, § 2, *de Pact. ex.* L. 32, *ad leg. aquil.)*

674. En autorisant la légitimation par mariage, le législateur n'a pas entendu fournir un instrument à la fraude. Il a donc voulu autoriser toute personne y ayant intérêt à la faire annuler si elle avait pour base une fausse attribution de paternité ou de maternité. La loi ne contient pas, il est vrai, de disposition spéciale sur les actions en nullité des légitimations. Mais les principes généraux suffisent en permettant à chacun d'attaquer tout ce qui est fait en fraude de ses droits.

Au reste, la légitimation est fondée sur les reconnaissances de paternité et de maternité de la part des deux époux qui veulent légitimer leurs enfants naturels.

Or les reconnaissances peuvent être contestées par tous ceux qui y ont intérêt. Donc on peut aussi contester la légitimation en attaquant la reconnaissance (C. c., art. 339).

Nous avons cité ci-dessus l'arrêt Tissidre et de l'Etang, du 28 décembre 1811, qui, sur la demande de l'enfant légitime lui-même, avait annulé la légitimation. L'arrêt peut servir d'exemple pour tous les cas semblables, quel que soit le demandeur en nullité, pourvu qu'il ait intérêt.

675. Après avoir traité des cas de légitimation et de son mode, il serait peut-être rationnel de parler de ses effets et des droits des enfants légitimés. Mais comme, d'après l'article 333, ces enfants ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage même qui les légitime, nous croyons devoir renvoyer l'examen de ce principe et de ses modifications au développement des droits des enfants légitimes.

CHAPITRE II.

De la filiation légitime.

SOMMAIRE.

676. *Il y a deux sortes de filiations.*

677. *But des règles pour la filiation légitime.*
678. *Division du chapitre 2.*

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

676. La loi reconnaît deux sortes de filiations :

La filiation naturelle et la filiation légitime.

La filiation naturelle a son principe dans la naissance que nous recevons d'un tel père et d'une telle mère.

Elle est toujours certaine pour la mère que la nature a déclaré par des signes non équivoques : *mater semper est certa etiam si vulgō conceperit*. L. 5, ff. *de in jus voc.*

Elle peut être douteuse pour le père. La mère seule, par la régularité de sa conduite, peut garantir l'auteur de la paternité.

677. A défaut de signes certains fournis par la nature, il a donc été nécessaire de recourir à des présomptions morales pour fixer la paternité.

Tel est le but des règles fondamentales de la filiation légitime.

Mais ces règles elles-mêmes ne pouvaient être absolues.

Elles devaient fléchir si elles se trouvaient en opposition avec l'évidence, avec les lois de la nature, avec des circonstances impérieuses.

Des exceptions devaient donc être prévues.

678. Dans ce chapitre nous aurons à examiner :

Les règles fondamentales de la filiation légitime ;

Les exceptions auxquelles ces règles sont soumises ;

Les moyens d'établir la filiation légitime ;

Les actions en réclamations ou en suppression d'état.

Tels seront les objets des quatre sections de ce chapitre.

Section Ire.

Règles fondamentales sur la filiation légitime.

SOMMAIRE.

679. *Qu'est-ce que la filiation légitime ?*
680. *Quelle est sa base ?*

681. *Définition inexacte de la filiation légitime.*
682. *La filiation légitime est fixée pour l'époque de la conception.*
683. *Deux modifications de la règle et leur utilité.*
684. *Droit romain sur la matière.*
685. *Droit français.—Variations.*
686. *Règles fixées par le droit nouveau après un examen approfondi.*
687. *Résumé de la section.*

679. La filiation légitime est ainsi appelée parce qu'elle est l'œuvre de la loi qui supplée par les présomptions qu'elle établit aux preuves que n'offre pas la nature.

680. Comme c'est à la paternité que manquent les preuves naturelles, c'est aussi sur la présomption de paternité que repose principalement la filiation légitime.

« Il est à regretter, disait l'orateur du gouvernement, en exposant les motifs du titre de la paternité et de la filiation, il est à regretter que, pour établir des règles sur les moyens de constater la paternité, la nature seule ne puisse plus servir de guide.

» Cependant il était nécessaire que la paternité ne restât pas incertaine. C'est par elle que les familles se perpétuent et qu'elles se distinguent les unes des autres. C'est une des bases de l'ordre social. On doit la maintenir et la consolider.

» Il a fallu, pour y parvenir, s'attacher à des faits antérieurs et susceptibles de preuves.

» On trouve un premier point d'appui dans cette institution, qui, consacrée par tous les peuples civilisés, a son origine et sa cause dans la nature même, qui établit, maintient et renouvelle les familles, dont l'objet principal est de veiller sur l'existence et l'éducation des enfants, dont la dignité inspire un respect religieux, dans le mariage.

» Les avantages que la société en retire doivent être principalement attribués à ce que, pour fixer la paternité, il établit une présomption qui presque toujours suffit pour écarter tous les doutes.

» Cette présomption admise chez tous les peuples est devenue une règle d'ordre public, dont l'origine comme celle du mariage se perd dans la nuit des temps : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Quels pourraient donc être les indices plus grands que ceux qui résultent de la foi promise des deux époux, de leur cohabitation, des regards de leurs concitoyens au milieu desquels ils passent leur vie (1) ? »

Tels sont les motifs qui ont dicté la disposition du premier paragraphe de l'article 312 du Code civil, ainsi conçu :

« L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (2). » Art. 312.

681. Cette définition n'est pas rigoureusement exacte. Car, quoique conçu avant le mariage, l'enfant peut avoir pour père le mari, et même la loi attribue à celui-ci la paternité, s'il ne la désavoue pas dans un délai prescrit.

Mais elle convient aux cas ordinaires. Les autres cas ne sont que des exceptions.

Les Romains, qui avaient adopté la même règle, s'exprimaient plus vaguement encore sur la filiation légitime.

Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur. (L. 6, ff. *de his qui sui vel alieni juris sunt.*)

Cette définition paraissait attribuer la légitimité à tout enfant né de l'épouse pendant le mariage, quelque rapprochée que fût sa date de celle de la naissance.

Mais le sens trop général de la règle était restreint par des lois exceptionnelles que nous rappellerons plus tard.

682. On agita au Conseil d'Etat, dans les discussions qui préparèrent la loi, si l'on ferait dépendre la légitimité de l'époque de la conception ou de celle de la naissance.

(1) Exposé des motifs de la loi, voir Locré, Législation civile et commerciale, t. 6, p. 191 et 192.

(2) Même règle dans le Code Sarde, art. 151 ; dans le Code de la Louisianne, art. 203 ; dans celui des Deux-Siciles, art. 241 ; dans celui du canton de Vaud, art. 162 ; dans le Code Hollandais, art. 205 ; dans le Code Autrichien, art. 138 ; dans le Code Prussien, art. 1 de la section 1re du titre 2.

Chaque système avait ses inconvénients.

S'arrêter uniquement au fait de la conception, c'était dire que l'enfant conçu avant le mariage n'était pas légitime; ce qui pouvait être injuste.

Ne considérer que le fait de la naissance, c'était déclarer illégitime l'enfant né après la dissolution du mariage, quelque peu de temps qu'il se fût écoulé depuis cette dissolution, ce qui eût été trop dur, et le plus souvent contraire à la vérité.

Le système fondé sur la conception est le plus exact. Car selon la remarque du conseiller d'État Boulay, c'est la conception et non la naissance qui constitue réellement la filiation.

Cette considération a déterminé le choix de l'époque de la conception pour fixer la paternité légitime.

683. Mais il fallait éviter deux dangers : celui de faire supposer arbitrairement que la conception avait précédé le mariage; et celui, même dans cette supposition, de déclarer illégitime l'enfant qui serait réellement né des œuvres des deux époux.

La prévision de ces dangers a dicté deux dispositions modificatives de la règle générale écrite dans l'article 312.

Par l'une il a été posé en principe que l'enfant né d'une épouse serait légalement présumé avoir été conçu pendant le mariage, à moins qu'il ne fût né avant le 180e jour et à dater de celui du mariage, ou 300 jours après sa dissolution.

Par l'autre disposition il a été décidé que, même dans les cas de ces naissances prématurées ou tardives, l'enfant ne serait déclaré illégitime qu'autant qu'il serait désavoué par le mari ou par les héritiers.

Nous développerons, dans les sections suivantes, ces deux dispositions exceptionnelles.

Bornons-nous ici à remarquer l'utilité de la fixation des deux termes indiqués dans la loi nouvelle.

Elle fait cesser les incertitudes; elle prévient l'arbitraire;

elle tarit la source de nombreuses et de scandaleuses contestations.

684. Autrefois il y avait variations dans les opinions.

Pour les naissances prématurées, la loi 12, ff. *de statu hominum*, motivée sur l'autorité d'Hyppocrate, déclarait légitime l'enfant né au commencement du septième mois ou le 182me jour du mariage.

Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter autoritatem doctissimi viri Hyppocratis : et ideò credendum est, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.

De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hyppocrates scripsit et divus pius rescripsit, justo tempore videri natum ; nec videri in servitutem conceptum, cum mulier ipsius ante 182 *dies esset manumissa.* L. 3, § 12, *de suis et leg. hæred.*

Le § 11 de la même loi déclarait tardives les naissances qui avaient lieu après dix mois depuis la mort du mari : *Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hæreditatem.*

C'était aussi à dix mois que le dernier terme de la naissance de l'enfant légitime avait été fixé par la loi des douze Tables.

Voici comment elle s'exprimait :

Sei. quei. oloe. endo X. mensibus præsumeis posthumos natos escit, joustos estod.

Le terme de dix mois était si généralement reconnu, que la poésie même s'en était emparée. Virgile exprime l'opinion commune dans le 61e vers de l'Églogue 4.

Matri longa decem tulerant fastidia menses.

Mais ces règles n'étaient pas scrupuleusement observées.

Le préteur L. Papyrius avait admis à la succession un enfant né dans le 13me mois de la mort de celui qu'il réclamait comme père (1).

(1) V. l'Histoire naturelle de Pline, lib. 7, cap. 5.

L'empereur Adrien déclara légitime un enfant né le onzième mois après la mort du mari.

Justinien, par sa novelle 39, chapitre 2, ne déclara illégitimes que les enfants nés dans le 12me mois de la dissolution du mariage.

685. La jurisprudence française présentait sur ce point beaucoup de contradictions.

Pour les naissances prématurées on réputait, en général, légitime ou viable, l'enfant né au commencement du septième mois, en donnant à chaque mois trente jours. Il suffisait, selon les auteurs, que la naissance eût eu lieu le 182me jour.

Quant aux naissances tardives, les uns exigeaient pour la légitimité que la naissance fût arrivée dans le dixième mois de la mort du mari; d'autres, se conformant à la novelle 39, prolongeaient le terme jusqu'à la fin du 11me mois.

Les médecins ne s'accordaient point aussi sur l'espèce de mois qu'il fallait considérer pour le terme de l'accouchement. Les uns, et en grand nombre, pensaient qu'il fallait s'arrêter aux mois lunaires; les autres, et parmi eux Hyppocrate et Gallien, opinaient pour les mois solaires (1).

686. Au milieu de ces débats la justice était flottante. Elle variait elle-même et se décidait suivant les circonstances plus ou moins habilement développées, plus ou moins sainement appréciées.

« Il fallait sortir d'un pareil état. Ce n'était point une vérité absolue que les rédacteurs de la loi avaient à découvrir; il leur suffisait de donner aux juges une règle qui fixât leur incertitude; et ils devaient prendre cette règle dans la marche tellement uniforme de la nature qu'à peine pût-on lui opposer quelques exceptions qui ne feraient que la confirmer (2). »

Ce sont ces motifs qui ont déterminé à fixer le terme des

(1) V. les Pandectes françaises, t. 4, p. 68 et suiv.
(2) Motifs du titre de la filiation.

naissances avancées à 180 jours, et celui des naissances tardives à 300 jours.

Ces termes n'ont été adoptés qu'après l'examen le plus approfondi. M. Fourcroy notamment présenta à ce sujet, au Conseil d'Etat, un précis des opinions émises par les auteurs le plus justement accrédités.

Ce précis, qui est du plus grand intérêt, est transcrit en entier dans l'esprit du Code civil, par Locré, sur le titre de la filiation (1).

Ainsi, la législation fut éclairée par la science physiologique; et ce qu'il y a de remarquable, l'expérience des siècles n'a rien rectifié de ce qu'avait découvert le génie d'Hyppocrate. C'est aussi son opinion qui est la base de la règle qui a été admise. Le génie avait deviné la nature.

A la suite du précis qu'il rapporte, M. Locré fait observer que, conformément aux conclusions du rapport, le terme des naissances tardives n'avait été porté par la Commission et par la Section qu'à 286 jours, c'est-à-dire neuf mois et seize jours; et qu'elles fixaient celui des naissances accélérées à 186 jours, c'est-à-dire six mois et six jours.

Mais le Conseil d'Etat ne crut pas devoir s'arrêter à une précision aussi arithmétique. Le premier terme fut porté à trois cents jours ou dix mois de trente jours, et le second à cent quatre-vingts jours ou six mois. Ce changement est favorable à l'enfant dans les deux cas.

L'évaluation fut faite par jours, quoique le calendrier républicain, qui était en vigueur lors de la discussion de la loi, eût tous ses mois de trente jours; mais les jours complémentaires qui terminaient chaque année eussent pu faire naître des difficultés qu'il était bon de prévenir.

Aujourd'hui l'inégalité des mois rend encore plus nécessaire l'évaluation par jours (2).

(1) V. t. 5, édit. in-4°, p. 42 et suivantes. On le trouve aussi dans la Législation civile du même auteur.

(2) Locré, Esprit du Code, *eod. loco*.

687. Les principes énoncés dans cette Section peuvent se résumer en quelques propositions :

C'est sur la paternité du mari de la mère que repose la filiation légitime de l'enfant;

L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari;

Cet enfant est présumé, de plein droit, conçu pendant le mariage, s'il est né 180 jours après sa date;

Il est aussi présumé, de plein droit, conçu pendant le mariage, s'il est né dans les 300 jours de sa dissolution.

Examinons les cas dans lesquels la filiation légitime peut être contestée.

Section II.

Des exceptions aux règles fondamentales de la filiation légitime, ou des cas auxquels cette filiation peut être contestée.

SOMMAIRE.

688. *Motifs qui ont fait fixer les cas où la légitimité peut être contestée.*
689. *Division de la seconde section.*

688. La dignité du mariage, son importance dans l'ordre social, l'intérêt des familles, l'intérêt public même exigeaient que l'état des enfants ne fût pas légèrement attaqué, et que la durée de l'action ne fût pas indéfinie.

689. Il était donc de la sagesse du législateur de déterminer les cas où l'action serait autorisée, et ceux où elle serait refusée;

D'indiquer les personnes auxquelles cette action appartiendrait;

De régler, enfin, le délai dans lequel l'action devrait être intentée et les formes comme les effets de cette action.

C'est ce qu'il a fait dans les articles 312 et suivants du Code civil, en permettant le désaveu de la paternité, mais en en réglant les conditions, en en fixant aussi le terme.

Cette matière sera discutée dans les quatre paragraphes de cette section.

---

§ 1er.

De l'action en désaveu et des cas où elle est autorisée.

SOMMAIRE.

690. *Nécessité de restreindre les cas du désaveu et motifs qui ont dicté les dispositions du Code.*
691. *Le droit romain était plus large et plus vague.*
692. *Le droit français actuel exige pour le désaveu qu'il y ait eu impossibilité absolue de cohabitation.*
693. 1° *De l'impossibilité physique.*
694. *L'éloignement est une cause d'impossibilité physique; mais à quelle distance? — Arrêts.*
695. *La détention de l'un des époux est-elle une cause?*
696. Quid *de la séparation de corps? — Dissertation et arrêts.*
697. *L'impuissance physique est-elle un motif de désaveu? — Dissertation.*
698. *Elle peut l'être si elle est survenue depuis le mariage.*
699. 2° *L'impuissance morale n'a qu'une cause, l'adultère, mais seulement si la naissance a été cachée et si le mari prouve qu'il n'est pas le père.*
700. *Ces preuves peuvent se faire simultanément. — Arrêts divers.*
701. *L'aveu de la mère ne suffirait pas.*
702. *Arrêts qui se sont décidés sur des présomptions.*
703. *De l'impossibilité légale, art.* 315 *du Code civil.*
704. *Elle n'est pas admise de plein droit.*
705. *Son appréciation doit être laissée à la discrétion des tribunaux qui l'appliquent ou la rejettent suivant les circonstances. — Mais controverse.*
706. *Si la naissance arrive avant l'expiration des trois cents jours, l'enfant est légitime.*
707. *L'impossibilité légale résulte aussi de la naissance antérieure au* 180me *jour si l'enfant est né viable.*
708. *Mais elle n'est pas admise de plein droit. — Fins de non-recevoir qui la repoussent, art.* 314.
709. *Première fin de non-recevoir.*

710. *Comment la connaissance antérieure au mariage, de la grossesse, peut-elle être prouvée contre le mari?*
711. *De simples faits de fréquentation suffisent-ils? — Controverse.*
712. *La solution doit dépendre des circonstances.*
713. Quid *s'il y a eu enlèvement?*
714. *Deuxième fin de non-recevoir, assistance du père à l'acte de naissance de l'enfant.*
715. *Des réserves détruiraient-elles la fin de non-recevoir?*
716. *L'exception tirée de la présence du père à l'acte de naissance n'est pas limitative; elle peut résulter d'autres écrits du père.*
717. *La reconnaissance de la paternité du père peut-elle être prouvée par témoins?*
718. Quid *si la naissance a eu lieu avant l'expiration de 180 jours depuis la dissolution d'un premier mariage soit de la femme, soit du mari.*
719. *Dans ces deux cas, l'enfant n'est pas réputé celui du second mari.*
720. *Quelle est alors l'action à exercer?*
721. Quid *de l'enfant né 8 mois après la dissolution d'un premier mariage d'une femme remariée au bout d'un mois?*
722. 3e *exception, si l'enfant n'est pas viable, il n'y a pas de question de légitimité à examiner.*
723. *Mais l'enfant peut ne pas vivre quoique né viable. Comment s'assurer de la viabilité?*
724. *Cas où l'enfant peut être désavoué quoique né non viable.*
725. *Le désaveu peut-il être formé avant la naissance de l'enfant?*

690. Les actions en désaveu devaient être restreintes dans d'étroites limites. Le repos des familles, l'intérêt de la société commandaient qu'elles ne fussent pas livrées, comme les actions ordinaires, aux passions, aux caprices, aux susceptibilités qui supposeraient ou qui grossiraient des torts quelquefois légers et qui compromettraient l'honneur d'une épouse et la légitimité d'un enfant, placés l'un et l'autre sous la sauvegarde de la loi.

Ce n'est aussi que dans des circonstances impérieuses que l'action en désaveu peut être intentée.

Encore pour qu'elle soit admise, faut-il que la preuve de ces circonstances soit tellement évidente qu'il y ait im-

possibilité absolue de la paternité indiquée par le mariage.

Tel est l'esprit qui a dicté les articles 312, 313, 315 du Code civil.

691. Les règles anciennes étaient moins circonscrites, et par cela même elles prêtaient plus à l'arbitraire. La loi 6 ff. de *his qui sui vel alieni juris sunt*, admettait quatre exceptions à la légitimité des enfants nés pendant le mariage :

1° L'impuissance absolue et perpétuelle du mari : *Si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit ;*

2° L'éloignement des deux époux : *Si fingamus ab fuisse maritum. V. G. per decennium, reversum amiculum invenisse in domo suâ, placet nobis juliani sententiâ, hunc non esse mariti filium ;*

3° L'impuissance accidentelle : *Si constet maritum aliquandiù cum uxore non concubuisse, infirmitate superveniente ;*

4° Toute autre circonstance qui prouverait qu'il n'y a pas eu de cohabitation.

Si constet maritum cum uxore non concubuisse... aliâ ex causâ.

692. Le vague de la quatrième exception pouvait devenir la source d'affligeantes contestations.

Les législateurs du Code en ont reconnu le danger ; ils l'ont prévenu en précisant les cas de désaveu et en soumettant le mari, non-seulement à prouver par témoins ou autrement qu'il n'y a pas eu de cohabitation, mais encore qu'il était dans l'impossibilité absolue de cohabiter.

Les articles cités plus haut prévoient trois sortes d'impossibilités :

L'impossibilité physique,

L'impossibilité morale,

L'impossibilité légale.

693. L'impossibilité physique est l'objet de l'art. 312 second paragraphe.

Après avoir dit, dans un premier paragraphe, que l'en-

fant conçu pendant le mariage a pour père le mari, l'article ajoute :

312. « Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant s'il prouve » que, pendant le temps qui a couru depuis le trois-centième » jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance » de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit » par l'effet de quelque accident, dans *l'impossibilité phy-* » *sique* de cohabiter avec sa femme (1). »

(1) Le Code des Deux-Siciles a adopté les principes sur le désaveu, consignés dans les articles 312 et suivants jusqu'à l'art. 318 du Code Napoléon. (V. Code des Deux-Siciles, 334 à 340.)

Le Code de la Louisianne a adopté tout l'art. 312 du Code Napoléon, ainsi que l'art. 313 (V. art. 203 et 204 de ce Code); mais il a déclaré dans l'art. 204 que l'enfant né viable avant le 180e jour du mariage n'était pas présumé l'enfant du mariage; ni celui né 300 jours après la dissolution du mariage ou la sentence de séparation.

Le Code Sarde a adopté, à quelques changements d'expression près, les art. 312 jusqu'à 318 du Code Napoléon, (art. 151-157).

De même le Code du canton de Vaud en exceptant cependant du cas de l'art. 313, l'enfant conçu depuis l'action d'adultère intentée, (articles 162, 163, 166, 167).

Les art. 305, 306, 307, 308 du Code Hollandais sont conformes aux articles 312, 313 et 314 du Code Français; l'art. 309 autorise le désaveu de l'enfant né 300 jours après la date du jugement de séparation de corps et ajoute que, si le désaveu est admis, la réconciliation ne pourra rendre l'enfant légitime.

Le Code Bavarois autorise l'action en désaveu pour cause d'impuissance, art. 9 du chap. 4, part. 1re.

Le Code Autrichien autorise le désaveu de l'enfant né avant le septième mois du mariage; il donne au père 3 mois pour le désaveu après la naissance; mais il le soumet à prouver qu'il ne connaissait pas la grossesse, art. 155 à 157.

Le Code Prussien admet la présomption de légitimité pour l'enfant né 210 jours après le mariage et 302 jours après la dissolution; il n'accorde qu'au mari l'action en désaveu (les parents peuvent seulement continuer l'action), art. 4, 19, 7, 14, 15.

Il autorise le désaveu pour cause d'impuissance ou d'absence, articles 2. 4.

Le Code de Berne permet le désaveu en prouvant l'impossibilité physique de cohabitation depuis le 180e jour jusqu'au 300e avant la naissance de l'enfant; le mari perd ce droit s'il assiste au baptême ou s'il ne l'exerce pas dans les trois mois après avoir connu la naissance.

L'intervalle fixé par l'article a pour base le principe que nous avons posé dans la précédente section, et d'après lequel la conception pouvait remonter à trois cents jours antérieurement à la naissance ou ne s'être opérée que cent quatre-vingts jours avant ; en sorte que, si dans l'intervalle et même momentané, l'impossibilité physique n'a pas existé ou n'est pas prouvée l'action en désaveu est non recevable.

Cette fin de non-recevoir est fondée sur deux présomptions tirées de l'état du mariage :

L'une qu'il y a eu entre les époux cohabitation antérieure à la conception de l'enfant ;

L'autre, que l'époux a fidèlement gardé la foi promise.

De ces deux présomptions la première seule est essentielle. Elle suffirait lors même que la seconde manquerait. Car, comme le remarque Toullier, la mauvaise conduite de la femme n'empêcherait pas que son enfant ne fût censé être celui du mari, si l'on peut présumer leur cohabitation (1).

En parlant du 300me et du 180me jours, l'article 312 a-t-il entendu comprendre ces deux termes dans le délai qu'il fixe, ou doit-on les exclure ? Par exemple, si l'impossibilité physique n'avait pas existé le 300me ou le 180me jours avant la naissance ; qu'il fût prouvé seulement qu'il y avait eu impossibilité physique de cohabitation, depuis *et compris* le 299me jour avant la naissance, jusques *et compris* le 179me, le désaveu serait-il recevable ?

On doit répondre négativement.

En effet, le législateur a pensé que la grossesse légitime pouvait avoir une durée de 300 jours accomplis, ou être suivie de la naissance de l'enfant le 180me jour de la conception ; en sorte, que chacun des deux termes de 300 jours ou de 180 jours suffit pour exclure l'action en désaveu.

(1) Toullier, t. 2, no 788.

C'est ce que démontrent les articles 314 et 316 du Code civil ;

L'article 314 qui dit qu'on pourra désavouer l'enfant né *avant le* 180me jours du mariage. C'est-à-dire, le 179me jour, y compris celui de la célébration, ou antérieurement.

L'article 316, selon lequel la légitimité pourra être contestée si l'enfant est né 300 jours après la dissolution du mariage, c'est-à-dire le 301me jour, y compris celui de la dissolution, ou plus tard (1).

Au reste, cette pensée du législateur se reconnaît dans les discussions qui ont préparé l'article.

On y voit, 1° que le terme des naissances tardives fut fixé à 300 jours, ce qui était conforme à l'ancien droit qui ne déclarait illégitimes que les enfants nés après les dix mois de la mort du mari, *post decem menses natus non admittitur ad legitimam hereditatem*. L. 3, § 2, *de suis et leg. hæred*;

2° Que celui des naissances accélérées fut réglé à 180 jours, au lieu de 182 jours portés par le § 12 de la même loi romaine; ce qui fut arrêté dans l'intérêt de l'enfant, et pour ne pas s'en tenir à une précision trop arithmétique (2).

694. La loi exige pour autoriser le désaveu, qu'il y ait eu impossibilité physique de cohabitation, et elle désigne l'éloignement comme une des causes de cette impossibilité physique.

Mais de quelle distance le mari devra-t-il être éloigné ?

La loi ne s'explique pas. Elle laisse ainsi aux tribunaux la faculté de se décider d'après les circonstances.

La jurisprudence ancienne variait sur cette distance. Quelques auteurs anciens exigeaient que les deux époux fussent séparés par l'espace immense des mers.

Cette opinion parut affectée et peu juste au Conseil d'État; et l'on remarqua avec raison que l'absence réelle peu-

(1) Toullier, *Droit civil*, t. 2, n° 792.

(2) V. le procès-verbal du 14 brumaire an 10, et Locrè, Esprit du Code civil, éd. in-4°, t. 5, p. 58.

vait se modifier par d'autres causes, et s'établir par des preuves aussi décisives (1).

La Cour d'Orléans désirait une règle positive sur ce point: « Ne serait-il pas nécessaire, disait-elle, pour prévenir les » contestations, de déterminer les distances? »

Une telle règle n'offrirait aujourd'hui qu'une garantie fort douteuse d'après la rapidité des communications.

Il était plus simple et plus sûr de confier à la sagacité et à la prudence des tribunaux, l'examen du fait d'éloignement et l'appréciation des distances et des autres causes qui auraient pu empêcher que cet éloignement ou l'absence du mari ne cessât pendant le temps que détermine la loi.

La Cour de Paris a jugé qu'une distance de 160 lieues en France, entre le mari et la femme, ne prouvait par l'impossibilité physique du rapprochement momentané et de la cohabitation.

L'arrêt est du 29 août 1813 (2); il prouve que la solution dépend des circonstances.

Pour l'admission de l'action en désaveu fondée sur l'impossibilité de cohabitation, résultant de l'éloignement du mari, il suffit qu'un arrêt reconnaisse, en fait, que cet éloignement rendait toute communication impossible à l'époque de la conception. L'arrêt ne doit pas être cassé, parce qu'il n'aurait pas déclaré constant que la femme ne s'était pas rendue auprès du mari (C. c., 25 janvier 1831, rejet. V. Journal de Dalloz jeune, 31. 1. 112).

Pour écarter l'action en désaveu, motivée sur l'éloignement du mari, la femme ne peut argumenter de la possibilité physique de rapprochement si elle ne prouve pas que la naissance de l'enfant concorde avec une époque à laquelle le rapprochement était possible. (Arrêt de la Cour de Paris, du 2 janvier 1815, rapporté dans le Dictionnaire de Dalloz aîné, t. 8, p. 250.)

(1) Esprit du Code civil, *ibid*, p. 12.
(2) S., 13, 2, 310.

Toutes ces décisions reposent sur le fait plus que sur le droit.

695. La détention du mari suffirait-elle pour prouver l'éloignement, et par suite l'impossibilité physique de cohabitation?

Cette question a été examinée au Conseil d'État, par le tribun Duvergier.

« Si, par exemple, a dit ce législateur, l'un des époux » était en prison, et qu'il n'ait pas eu de communication » avec l'autre, il est évident que l'impossibilité physique » a existé, quoique les époux ne se soient peut-être trouvés » séparés qu'à une petite distance. »

Une telle cause d'éloignement serait fort équivoque. Car un rapprochement serait facile par la complaisance ou l'incurie du concierge. Il ne faudrait donc ne l'admettre qu'avec beaucoup de circonspection.

Au reste, toutes ces observations démontrent qu'il est impossible d'établir sur cette cause de désaveu une règle spéciale et absolue, et que le législateur a sagement fait de se borner à poser un principe général, et de s'en rapporter pour son application à l'appréciation éclairée que feraient les tribunaux des circonstances.

696. La séparation de corps prononcée judiciairement entre les époux, et exécutée par le fait d'une habitation séparée, constitue-t-elle aux yeux de la loi, une cause d'éloignement qui autorise l'action en désaveu?

Avant l'émission du Code civil, la séparation de corps pouvait être considérée comme une cause de désaveu, si, d'ailleurs, il était prouvé clairement par des témoins ou par les circonstances qu'il n'y avait pas eu de rapprochement entre les deux époux. Cette cause rentrait dans la 4e exception prévue par la loi 6, ff. de *his qui sui vel alieni juris sunt*; exception suivant laquelle il y a lieu à désaveu *si constet maritum cum uxore non concubuisse,... aliâ ex causâ.*

La loi du 12 brumaire an 2 allait même plus loin; et sans

qu'il y eût d'action en désaveu et de jugement, elle considérait comme nés hors du mariage les enfants nés d'une femme séparée de corps, pourvu que *leur naissance* fût postérieure à la demande en séparation. Elle leur accordait, en conséquence, des droits de successibilité. (V. l'art. 14 de la loi.)

Cette loi, qui dans ses dispositions relâchées ne se fixait même que sur l'époque de la naissance, sans s'arrêter à celle de la conception, et qui consacrait en quelque sorte l'adultère, cette loi, digne œuvre d'un triste temps où tous les principes d'ordre et de moralité n'étaient que trop méconnus, cette loi, fruit de la révolution, ne pouvait survivre aux circonstances qui l'avaient produite.

Lors de la discussion du Code civil et du titre de la paternité et de la filiation, on examina l'effet de la séparation de corps sur la présomption de paternité.

La Section avait proposé la disposition suivante :

« *La présomption de paternité cesse lorsque les époux ont été separés de corps et de biens : à moins, dans ce dernier cas, qu'il n'y ait eu réunion de fait et réconciliation entr'eux.* »

Cet article avait été suggéré par la Cour de cassation, mais seulement pour le cas où la séparation serait motivée sur l'adultère de la femme. La Section en avait généralisé les termes et le sens. Mais on fit observer que la séparation de corps n'établit pas entre les époux l'impossibilité de la cohabitation, et que, s'il n'est pas ordinaire qu'ils se fréquentent, l'événement est possible sans qu'il soit cependant suivi d'une réconciliation définitive.

La discussion fut ajournée.

Reprise lors de l'examen du titre du divorce elle fut l'objet de longues dissertations. On avait d'abord adopté un article qui distinguait le divorce de la séparation de corps, et qui déclarait que l'enfant n'appartiendrait pas au mariage s'il était conçu depuis la demande en divorce pour cause d'adultère, mais qui, de la séparation de corps déjà pronon-

cée, aussi pour cause d'adultère lors de la conception, faisait résulter seulement une présomption d'illégitimité en autorisant cependant la femme à la détruire par la preuve que son mari l'avait fréquentée.

Plus tard et dans une séance postérieure, la discussion s'étant renouvelée, on reconnut qu'il y aurait de l'inconvénient à s'éloigner de la maxime qui veut que l'adultère de la mère ne décide point de l'illégitimité de l'enfant, et l'article fut retranché.

Par suite, l'article qu'avait proposé la Section au titre de la paternité et de la filiation ne fut pas reproduit. On pensa que la circonstance de la demeure du mari dans une autre maison que la femme n'était pas assez décisive pour en faire dépendre le sort de l'enfant (1).

Cette dissertation et son résultat ne permettraient pas d'admettre aujourd'hui comme cause unique de désaveu la séparation de corps prononcée même pour adultère ; et il faudrait s'en tenir au principe général sur l'éloignement du mari, lorsqu'il établit l'impossibilité physique de la cohabitation, à moins que les circonstances ne fussent tellement graves et ne signalassent entre les époux un tel état d'hostilité que l'on dût regarder leur rapprochement comme réellement impossible, c'est-à-dire d'une impossibilité qui, quoique morale seulement, pourrait être considérée par ses caractères comme équivalente à l'impossibilité physique. Car, suivant la juste observation de M. Locré, le juge doit prendre en considération la position respective des deux époux séparés ; mais il ne doit pas la regarder comme décisive (2).

La Cour de Rouen a donné, par arrêt du 28 décembre 1814, l'exemple d'une rigueur qui peut-être a été légalement poussée trop loin.

L'arrêt décide que la séparation de corps affaiblit la pré-

(1) Opinion de Bigot-Préameneu.
(2) Locré, Esprit du Code civil, *ibid*, p. 19.

somption de paternité, et qu'en ce cas l'inconduite de la femme et l'impossibilité *morale* de rapprochement entr'elle et son mari suffisent pour autoriser l'action en désaveu, sans qu'il soit nécessaire que la naissance de l'enfant ait été cachée au mari (1).

Nous verrons plus bas d'autres exemples de désaveu fondés sur l'impossibilité morale de cohabitation.

697. Aux termes de l'art. 312 du Code l'*impossibilité physique* de cohabitation peut être l'effet de quelque accident.

Que doit-on entendre par ces expressions? Elles ne peuvent s'entendre que de l'impuissance survenue depuis le mariage par quelque événement.

L'impuissance naturelle était parmi les romains une cause de désaveu. *Si eâ valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse,* disait la loi 6, ff. *de his qui sui vel alieni juris sunt.*

Admise autrefois comme empêchement et cause de nullité du mariage l'impuissance naturelle devait l'être aussi pour le désaveu.

Nous avons fait remarquer, en traitant des empêchements sous le Code civil, que notre loi nouvelle était muette sur l'impuissance (2).

Mais si nous avons considéré, malgré le silence de la loi, l'impuissance comme devant faire annuler le mariage, c'est dans l'intérêt seulement de l'époux qui avait été trompé et dont on avait surpris le consentement en lui dissimulant le vice naturel ou accidentel qui s'opposerait au but du mariage.

L'impuissance naturelle ne doit pas être aujourd'hui un moyen de désaveu. « Il serait inouï qu'on admît le mari à faire valoir sa propre impuissance pour contester l'état de ses enfants (3). »

(1) V. l'arrêt dans Sirey, t. 15. 2. 85.
(2) V. tit. 1, chap. 1, sect. 6, § 1.
(3) Observation du premier Consul; procès-verbal du 14 brumaire an 10.

Ce serait protéger le coupable et frapper la victime.

Ces considérations avaient déterminé la Section de législation à décider que le *mari ne pourrait, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant*, et sa proposition est devenue le texte du commencement de l'art. 313 du Code.

698. Mais la règle n'eût pas été juste si elle avait été étendue à l'impuissance accidentelle.

Il est une espèce d'impuissance accidentelle qui peut être survenue depuis le mariage, soit dans les combats, soit par toute autre cause, laquelle ne peut pas laisser le moindre doute, et il ne faudrait pas écarter par une règle absolue les exceptions qu'elle peut produire (1). »

Le principe fut adopté. On le formula d'abord en une proposition ainsi conçue :

« Le mari pourra desavouer l'enfant, si *au moment de la conception il était frappé d'une impuissance accidentelle.* »

Cette rédaction fut ensuite critiquée. On présenta comme préférables les mots *impuissance survenue.*

Mais l'expression parut trop vague. Elle ne rendait pas assez clairement la pensée des législateurs, qui voulaient parler d'une impuissance évidente, matérielle, telle qu'on ne pût supposer un seul instant où le mari aurait pu devenir père.

On voulait aussi éviter le mot *impuissance.*

Enfin, on s'arrêta à *l'impossibilité physique* qui serait *l'effet de quelque accident.*

Cette rédaction définitive et la discussion qui l'a préparée démontrent que l'exception ne s'applique qu'aux accidents éprouvés par le mari depuis le mariage. Les accidents antérieurs, qui auraient produit une impossibilité physique de cohabitation, devraient être assimilés à l'impuissance naturelle pour la répulsion de l'action en désaveu. Le mari ne

(1) Malleville, procès-verbal du 14 brumaire an 10.

devrait pas être écouté alléguant sa propre turpitude pour flétrir l'épouse qu'il aurait trompée (1).

699. La seconde cause de désaveu est l'impossibilité morale.

Cette impossibilité n'est admise par la loi que dans un seul cas, celui de l'adultère de la femme concourant avec le recèlement de la naissance de l'enfant.

Ce cas est prévu par l'article 313 du Code civil :

« Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant ; Art. 313.

» Il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père. »

Ainsi, pour que l'action en désaveu soit recevable, il faut deux conditions :

La première, que l'adultère soit établi ;

La seconde, que la naissance de l'enfant ait été cachée au mari.

Encore ces deux circonstances, qui suffisent pour autoriser l'action, sont-elles insuffisantes pour déclarer l'illégitimité si le mari ne prouve pas par d'autres faits qu'il n'est réellement pas le père de l'enfant.

Trois conditions sont donc nécessaires pour faire fléchir la présomption légale de paternité, résultant du mariage :

Il faut que la femme soit déclarée adultère;

Que la naissance de l'enfant ait été cachée ;

Enfin, que le mari prouve qu'il n'en est pas le père, ou que la paternité appartient à un autre.

La réunion de ces conditions est indispensable, parce qu'on ne doit pas légèrement porter atteinte à la foi due au mariage.

L'adultère, isolément considéré n'offrirait qu'une présomp-

(1) V. sur la question, l'Esprit du Code civil, par Locré, t. 5 (in 4°), p. 20 et suivantes.

tion incertaine. Car l'infidélité de l'épouse ne prouve pas que l'enfant ne soit pas né du mari. *Cum possit et illa* (uxor) *adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse* L. 2, § 9, ff. *ad leg. jul. de adul.*

Aussi, le droit romain proscrivait-il l'exception résultant de l'adultère de la femme. *Non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti præjudiciet.* D. L. 2, § 9.

Notre ancienne jurisprudence repoussait également cette exception. On considérait que l'infidélité de la femme, qui habitait cependant avec son mari, ne laissait que des incertitudes, parce que, dans ce cas, personne ne pouvait fixer ni l'époque ni l'auteur de la conception, et que dans le doute on devait incliner pour la légitimité de l'enfant. *In favorem prolis potius declinandum est* (1).

Le récel de la naissance de l'enfant, seconde condition exigée par la loi nouvelle, est un fait plus décisif. On peut le considérer comme un indice puissant, comme un aveu tacite de la culpabilité de l'épouse, et du vice de la naissance de l'enfant.

Mais cette présomption peut être fausse.

Une femme, intimidée par la violence de son mari qui connaît ou qui soupçonne un commerce clandestin entre sa femme et un amant, peut lui dérober la connaissance d'un accouchement qui se serait opéré pendant une absence momentanée, et faire élever loin des yeux du mari, un enfant qui serait cependant légitime, mais dont la légitimité pourrait être suspecte au mari, *omnia tuta timens*, dit Virgile.

Enfin, il ne serait pas sans exemple qu'un père désavouât son propre fils pour se venger sur lui de l'affront qu'il aurait reçu de la mère (2).

Cette observation si profonde d'un de nos plus grands magistrats devait faire impression sur nos législateurs mo-

(1) V. Le Brun des Successions, liv. 1, chap. 4, sect. 2, n° 6; arrêt du 10 juin 1650; Soefve, t. 1er, cent. 3, chap. 43.

(2) D'Aguesseau, 23e Plaidoyer.

dernes. Elle a provoqué le rejet de la proposition de considérer le recel de l'accouchement comme la preuve d'une naissance illégitime, même lorsque l'adultère est constant (1).

Mais l'adultère doit-il être préalablement prouvé, et de quelle manière ?

On pourrait dire que la première condition, la preuve de l'adultère, ne devrait résulter que d'un jugement public qui condamnât la femme et son complice ou qui prononçât contre la femme la séparation de corps pour cette cause déterminée. La nécessité d'un jugement public pour constater l'adultère fut déclarée par le tribun Duveyrier, lors de la discussion de l'article 313. Cependant l'article ne le prescrit pas expressément, et plusieurs arrêts ont admis l'action en désaveu sans que la preuve juridique et préalable fût rapportée. C'est ce qu'ont décidé, notamment un arrêt de la Cour de cassation, du 8 juillet 1812, et un arrêt de la Cour de Rouen, du 5 mars 1828. Un autre arrêt de cassation, du 25 janvier 1831, décide aussi, en rejetant un pourvoi formé contre une décision de la Cour de Paris, « que le recèlement de la naissance de l'enfant est la seule condition exigée par la loi pour l'admission du désaveu, fondé sur l'adultère de la femme ; que l'article cité (l'article 313), n'exige rien de plus ; que la preuve juridique de l'adultère serait même absolument sans objet, la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant désavoué ne pouvant être faite sans emporter nécessairement celle de l'adultère de la femme, et que c'est vraisemblablement pour le mari que la loi n'exige pas que l'adultère de la femme soit constaté par un jugement préalable ; qu'il suffit donc, en point de droit, que la naissance de l'enfant ait été cachée au mari pour qu'il y ait lieu d'admettre le désaveu de l'enfant pour cause d'adultère. »

(1) V. l'Esprit du Code civil, par Locré, sur l'article 313, t. 5, éd. in-4°, p. 28 et suiv.

Ces raisons paraissent décisives. On ne doit, d'ailleurs, admettre de fins de non recevoir que celles qui sont expressément écrites dans la loi (1).

Quant au recel de l'enfant, il sera établi par son éloignement du domicile des deux époux, par les divers faits de clandestinité qui auraient accompagné l'accouchement, et par ceux qui entoureraient l'éducation de l'enfant.

La désignation dans l'acte de naissance d'un autre père que le mari et la déclaration qui y serait faite que le mari est inconnu, seraient des circonstances indicatives que la naissance a été cachée au mari (Arrêts du 9 août 1813 ; autres des 1er août et 28 juin 1819, et des 2 et 4 décembre 1820 (2).

Mais ces énonciations dans l'acte de naissance ne suffiraient pas pour établir l'illégitimité. — Arrêt du 14 juillet 1827 (3).

On peut voir aussi Toullier, tome 2, n° 861, qui prouve avec l'autorité de d'Aguesseau que l'acte de naissance est divisible, et qu'en constatant la maternité déclarée il prouve aussi la paternité du mari, quoique déniée par l'acte. Cette doctrine est vraie ; car ce n'est pas la déclaration, c'est le fait qui constitue la maternité et par suite la paternité qui s'y rattache. Si donc la maternité est reconnue ou constatée par la déclaration de naissance, la paternité du mari en résulte de plein droit tant qu'elle n'est pas désavouée.

Lorsque ces deux conditions existent, le mari doit être admis à proposer les faits justificatifs d'une paternité étrangère, et à prouver, tant par des écrits que par des témoignages, et même par des présomptions, qu'il n'est pas le

(1) V. les arrêts cités à la page précédente, dans le Journal de Sirey., 28. 2. 143 ; et 31. 1. 81.

Voir aussi la dissertation de M. Merlin lors de l'arrêt du 8 juillet 1812 ; Répertoire. v° *Légitimité*, sect. 2, § 2, n° 5. L'auteur convient qu'il avait été entraîné par l'autorité des discours de MM. Lahary et Bigot-Préameneu plutôt que par sa conviction personnelle.

(2) Dalloz jeune, t. 20, 2e, 49 ; Sirey, 20. 2. 7 ; et 21. 2. 98.

(3) S., 28. 2. 206 ; D., 27. 2. 10.

père de l'enfant qu'il désavoue ; et si ces preuves ne sont pas détruites par les preuves contraires que pourra présenter la mère ou que pourra produire l'enfant, ou pour lui un tuteur spécial ; si, d'ailleurs, les preuves sont concluantes, l'enfant sera déclaré illégitime.

Mais si les preuves étaient équivoques, si quelques doutes restaient dans les esprits, le désaveu devrait être rejeté. Dans le doute, la présomption de la loi doit l'emporter ; la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant* doit triompher ; elle ne peut céder qu'à l'évidence contraire.

700. Nous avons dit que pour que le mari fût admis à présenter les faits propres à justifier son désaveu, il fallait que l'adultère de l'épouse fût constant et que le recel de l'enfant fût préalablement établi. C'est aussi ce qu'indiquent les discussions qui ont préparé la loi, et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de Nîmes, du 13 juillet 1827 (1).

Cependant, la Cour de Metz, par arrêt du 29 décembre 1825, a décidé que, sans qu'il fût besoin de rapporter la preuve juridique et préalable de l'adultère ni même celle du recel de l'enfant, on pouvait établir ces faits simultanément avec celui de la non paternité (2).

Cet arrêt ne paraît pas en harmonie avec la lettre et l'esprit de la loi, au moins relativement à la nécessité de la preuve préalable du recel, preuve qui peut, dans beaucoup de cas, résulter de l'acte de naissance même de l'enfant, si le mari n'y est pas désigné comme père.

Mais si le recel et l'adultère paraissent constants, le désaveu peut être admis, quoique ce recel n'ait pas été préalablement constaté par jugement. (3).

Lorsque le fait de l'adultère et celui du recel de la naissance de l'enfant sont constants, il n'est pas toujours nécessaire que, pour justifier le désaveu, les tribunaux ordon-

(1) S., 28. 2. 159.
(2) S., 27. 2. 186.
(3) Arrêt du 9 mai 1838, Cour de cassat.; S., 38. 1. 854.

nent une preuve par témoins. Si, comme nous l'avons déjà fait observer, des présomptions graves et précises se rencontrent et portent la conviction dans l'esprit du juge, il peut immédiatement admettre le désaveu. Car toutes les fois que la preuve testimoniale est admissible, les preuves morales ou des présomptions fortes et concordantes peuvent suffire. C'est ce que l'art. 1353 autorise, et c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, par arrêt du 4 avril 1837, rapporté par Sirey.

En général, les juges ont un pouvoir discrétionnaire sur l'appréciation des circonstances qui prouvent soit l'adultère, soit le recel, et qui justifient le désaveu (1).

701. Remarquons qu'en vain la mère elle-même reconnaîtrait l'illégitimité de la naissance. Sa déclaration devrait être repoussée. On la regarderait comme le fruit de la passion, de la colère, de la haine, et peut-être aussi de la crainte. On proposait au jurisconsulte Scœvola une telle question :

An obsit professio à matre iratâ facta.

Voici sa réponse :

Veritati locum superfore. L. 29, § 1, *ff. de prob. et præsumpt.*

Le mari et la femme se réuniraient en vain pour attester l'illégitimité de l'enfant. Leur déclaration serait sans force. Car elle ne pourrait nuire à l'état de cet l'enfant, et il faudrait toujours en revenir à l'examen des conditions prescrites par l'art. 313 et à l'appréciation des preuves qu'il exige.

Non nudis asseverationibus nec ementitiâ professione, licet utrique consentiant, sed matrimonio, legitimè constituti filii, patri constituuntur. L. 14, Cod. de prob. et præs.

Les père et mère, disait d'Aguesseau, dans la cause du sieur de Vinantes, peuvent bien assurer par leur témoi-

(1) Sirey, 37. 1. 439. Voir aussi dans le même Journal un arrêt de la Cour de cassat., du 9 mai 1838, S., 38. 1. 854.

gnage l'état de leurs enfants ; mais ils ne peuvent jamais le détruire (1)

Tels sont les vrais principes sur l'action en désaveu pour impossibilité morale dans le cas d'adultère.

702. Cependant on doit reconnaître que ces principes n'ont pas toujours été scrupuleusement observés.

Ainsi, par arrêt du 24 mars 1825, la Cour de Bastia a jugé qu'un mari était admissible à désavouer l'enfant né de sa femme, pour une impossibilité morale dont l'appréciation était abandonnée aux lumières et à la discrétion du juge.

Ainsi, la Cour de Paris a aussi décidé que, dans le concours de certaines circonstances, telles que la retraite de la femme dans une ville voisine de celle habitée par son mari, qui la poursuivait en séparation de corps, pour adultère et injures graves, les juges pouvaient trouver une impossibilité morale de cohabitation, et par suite admettre l'action en désaveu de paternité. — Arrêt du 29 juillet 1826.

Ainsi, la même Cour a déclaré que la présomption de légitimité cessait, lorsqu'il était constant qu'à l'époque de la conception, la femme étant brouillée avec son mari cohabitait avec un autre homme, et que l'enfant, attribué à *un père inconnu*, n'avait pas cessé d'habiter avec la mère et son complice. — Arrêts du 28 juin 1819, et 4 décembre 1820.

Ces arrêts ont été entraînés par des circonstances particulières et des plus graves sans doute. Ces circonstances peuvent les justifier. Cependant ils ne sont pas exactement conformes aux règles ; et leurs exemples ne doivent pas être suivis. Il est toujours plus sûr et plus convenable de s'en tenir à la loi, quelque imparfaite qu'elle puisse paraître dans certaines occasions. La méconnaître c'est vouloir être plus sage qu'elle ; c'est la détruire sous prétexte de

(1) V. d'Aguesseau, 23e Plaidoyer, *Menochius*, *de præsumptionibus*. *Lib.* 6, *præs.* 53, n° 6, *et seq.* Lacombe au mot *Enfant*, n° 10 ; Cochin, dans la cause de la demoiselle Ferrand. Le Répertoire de Merlin, v. *Légitimité*.

l'interpréter; en un mot c'est substituer l'arbitraire à la règle (1).

Nous ferons néanmoins observer que l'arrêt du 4 décembre 1820 n'a rien de contraire au texte de l'art. 313, puisque l'adultère était constant et que l'on pouvait considérer comme cachée au mari la naissance d'un enfant attribuée à un père inconnu.

Un auteur s'est demandé si le mari, qui ne découvrirait qu'après la mort de sa femme, l'adultère de celle-ci et la naissance de l'enfant dont on lui aurait caché l'existence, pourrait néanmoins former l'action en désaveu?

Cette question n'est pas problématique. Le décès de la femme ne peut priver le mari du droit de repousser l'enfant du crime et le contraindre à accepter une paternité que les faits lui refusent. C'est, d'ailleurs, contre l'enfant surtout que le désaveu est dirigé; celui-ci, en défendant son état, défendra aussi sa mère. Si l'adultère est constant, si la naissance a été cachée, pourquoi n'admettrait-on pas le mari à prouver qu'il n'est pas le père? La loi lui accorde ce droit, par cela même qu'il ne l'en prive pas (2).

703. Il nous reste à parler de l'impossibilité légale. C'est celle dont s'occupe l'article 315 dont voici les termes :

t. 315. « La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée. »

Les observations que nous avons faites sur l'art. 312, relativement aux naissances tardives, reçoivent aussi leur application sur l'art. 315. Il serait superflu de les répéter.

704. Nous ajouterons seulement que d'après cet article, comme d'après les précédents, l'illégitimité de l'enfant n'est pas admise de plein de droit. Il faut qu'elle soit demandée par le mari ou par ses héritiers et prononcée par le juge. En

(1) Voir ces arrêts dans le Journal de Dalloz jeune, t. 27. 2. 46; t. 27. 2. 103; et t. 20. 2. 49. Voir aussi le Journal de Sirey, t. 27. 2. 185; et t. 21. 2. 98.

(2) Toullier, *Droit civil*, t. 2, n° 816.

attendant l'enfant conserve provisoirement la qualité de légitime et jouit des droits attachés à ce titre.

La Cour d'Aix a sainement appliqué l'art. 315, en jugeant, par un arrêt du 6 avril 1807, que cet article ne décidait rien d'absolu sur l'illégitimié de l'enfant né plus de 300 jours après la mort du mari.

La Cour de Grenoble et même celle d'Aix, par un second arrêt rendu en 1812, n'ont pas attaché le même sens à la disposition. Elles ont pensé que l'art. 315 signifiait, non que l'enfant né plus de dix mois après le décès du mari *pourrait être réputé illégitime*, mais qu'il *devrait* l'être.

Cependant l'article 315 ne s'exprime pas en termes aussi formels : il dit que la légitimité *pourra* et non pas qu'elle *devra* être contestée. Or les deux expressions n'ont pas le même sens. La première accorde une faculté au père putatif; la seconde fixerait immédiatement la position de l'enfant : l'une autorise l'action en désaveu; l'autre rendrait l'action même inutile ou surabondante, puisqu'elle détruirait l'état de l'enfant sans qu'il fût même attaqué et avant toute réclamation.

Les Cours de Grenoble et d'Aix paraissent, en droit, s'être égarées, sinon dans leurs décisions en fait, au moins dans leurs motifs; au lieu d'appliquer la règle existante, elles en ont créé une nouvelle (1).

705. Cette question néanmoins n'est pas sans difficulté. Elle divise des auteurs fort recommandables : Toullier, Proudhon, Chabot, Duranton pensent qu'il y a présomption légale de l'illégitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, et que les tribunaux ne peuvent refuser de la prononcer.

Merlin et Favard, au contraire, disent que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter le désaveu.

(1) V. leurs arrêts des 12 avril 1809 et 8 janvier 1812, dans le Recueil de Sirey, t. 9. 2. 288, et t. 12. 2. 214.

C'est dans les discours du tribun Duveyrier que les premiers auteurs cités ont puisé leur opinion. Après avoir rappelé la règle qui permet de contester la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, l'orateur ajoute :

« Pourquoi n'est-il pas de droit illégitime et mis au nombre des enfants naturels?

» Parce que tout intérêt particulier ne peut être combattu que par un intérêt contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle ignore ; et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre.

» Parce que, d'ailleurs, dans le cas de dissolution du mariage par le divorce, le mari, qui seul aurait le droit du désaveu, peut n'avoir ni motif ni volonté de l'exercer ; et il doit être, s'il l'exerce, soumis à l'obligation d'éloigner de lui toute preuve de la paternité de l'enfant qu'il désavoue. »

Ce langage de Duveyrier n'est pas décisif pour les opinions qu'elle a fait naître.

S'il y avait *présomption légale* d'illégitimité contre l'enfant, pourquoi le considérerait-on comme légitime tant que son état ne serait pas attaqué? Pourquoi ne serait-il pas illégitime pour tout le monde? Pourquoi le mari divorcé serait-il obligé de prouver qu'il n'est pas le père, comme l'y soumet le tribun Duveyrier? Et pourquoi, dans les cas ordinaires, ne soumettrait-on pas les héritiers du mari à la preuve exigée, en cas de divorce du mari lui-même?

On sait que la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. (Code civil, article 1359.)

MM. Merlin et Chabot ont exprimé des avis plus conformes à l'esprit comme au texte de l'art. 315 ; et ce qui prouve en leur faveur, c'est que la Section avait adopté une rédaction qui n'a pas été conservée. Elle proposait un article ainsi conçu :

« La loi ne reconnaît pas la légitimité d'un enfant né trois cent et un jour après la dissolution du mariage. »

Cette rédaction eût été reproduite si l'on avait voulu faire une règle absolue. Mais elle eût pu être dangereuse pour la vérité ; car on signala au Conseil d'Etat quelques exemples de naissances plus tardives encore. La nature n'est pas toujours régulière dans sa marche. Il fallait donc laisser quelque chose à l'arbitraire et à la discrétion du juge.

C'est aussi ce qu'on a voulu et c'est même ce qu'indiquèrent les motifs de la loi, lors de la présentation desquels l'orateur du gouvernement disait :

« La naissance tardive peut être opposée à l'enfant s'il » naît trois cents jours après la dissolution du mariage.

» Néanmoins la présomption qui en résulte ne sera *décisive* contre lui qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par » d'autres circonstances (1). »

Ainsi les tribunaux doivent consulter les circonstances pour prononcer ; c'est-à-dire que la loi leur accorde sur la question un pouvoir discrétionnaire qui les autorisera dans certains cas, peu ordinaires il est vrai, à écarter l'illégitimité proposée. S'il y avait incertitude sur l'époque de la dissolution ou sur celle de la naissance, ce serait à ceux qui contesteraient la légitimité à fixer d'une manière positive les deux époques : *Actori incumbit probatio ;* dans le doute, l'état d'enfant légitime devrait être maintenu. *In favorem prolis potius declinandum est.*

706. Lorsque la naissance postérieure à la dissolution du mariage arrive avant l'expiration des trois cents jours, il y a présomption légale que l'enfant a été conçu pendant le

(1) Voir la Législat. civ. de Locré, t. 6, commentaire 11, n° 17; commentaire 7, n° 8, et commentaire 9, n° 13. — Voir aussi les auteurs ci-dessus rappelés par M. Toullier, t. 2, n° 828 ; Proudhon, t. 2, n° 28 ; Duranton, t. 2, n° 58 ; Chabot, sur l'art. 725 ; Merlin, Répertoire, au mot *Légitimité*, sect. 2, §. Cet auteur rapporte beaucoup d'anciens arrêts pour ou contre les enfants dont les naissances auraient été tardives.

mariage et par conséquent qu'il est né du mari. Sa légitimité ne peut donc pas être contestée, et il est habile à succéder au mari. (C. civ., art. 725.) Arrêt du 19 juillet 1819, rendu par la Cour de Paris, et arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1821. Rejet du pourvoi contre le précédent (1).

707. La naissance antérieure au cent quatre-vingtième jour du mariage constitue aussi l'impossibilité légale prévue par le législateur sur la conception pendant le mariage. Car, comme nous l'avons dit sur l'art. 312, les observations physiologiques et les opinions des auteurs anciens et modernes ont fait considérer le délai de 180 jours comme suffisant pour la perfection de l'enfant physique et pour sa viabilité.

708. Mais la naissance prématurée ne fait pas cesser de plein droit la présomption légale de légitimité de l'enfant né pendant le mariage. La date de sa naissance lui attribue un état dont il ne doit pas être privé sans une réclamation de l'époux, sans une décision de la justice. Il serait trop dangereux de le frapper de plein droit d'illégitimité.

Car quoique conçu avant le mariage, il peut appartenir au mari si le mariage a été précédé d'une fréquentation intime entre les deux époux.

D'ailleurs la conception peut être postérieure au mariage, l'accouchement avoir été accéléré par un accident, et l'enfant peut naître avant terme sans avoir acquis les facultés de la vie, et sans qu'il conserve l'existence.

Ne serait-il pas injuste dans ces deux cas de livrer à l'opprobre une épouse qui n'aurait rien à se reprocher à l'égard de son époux et de flétrir la naissance d'un enfant qui ne serait point le fruit du crime?

Ces considérations commandaient non-seulement d'exiger la demande en désaveu du mari, mais encore de restreindre sa réclamation dans de sages limites qui conciliassent les secours que la loi doit prêter au mari trompé avec la pro-

(1) S., t. 19. 2. 213, et t. 21. 1. 404.

tection qu'elle doit accorder à l'épouse qui ne fut pas infidèle, à l'enfant dont la naissance n'est pas illégitime.

Ce but, la loi l'a rempli par les dispositions de l'art. 314.

Aux termes de cet article, la naissance prématurée n'autorise pas l'action en désaveu, dans les trois cas qui y sont énoncés :

« L'enfant né avant le 180me jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : Art. 314.

» 1° S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ;

» 2° S'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ;

» 3° Si l'enfant n'est pas déclaré viable. »

Examinons chacune des fins de non-recevoir.

709. Celle qui résulte de la connaissance de la grossesse avant le mariage est fondée sur la moralité présumée du mari.

» On présume qu'il n'a contracté le mariage que pour réparer sa faute personnelle ; on présume qu'il n'eût jamais consenti à un pareil hymen, s'il n'eût été persuadé que la femme portait dans son sein le fruit de leurs amours. Or, lorsqu'il a eu dans la conduite de cette femme une telle confiance qu'il a voulu que leurs destinées fussent unies, comment pourrait-on l'admettre à démentir un pareil témoignage (1) ? »

Cette fin de non-recevoir est absolue, s'il est constant que le mari ait connu la grossesse.

Comment pourrait-il être écouté en désavouant un enfant dont il aurait su que son épouse était enceinte au moment du mariage ?

Comment, en effet, justifierait-il son union avec une femme enceinte des œuvres d'un autre ?

Ne serait-ce pas avouer sa propre turpitude ? Et quel in-

(1) Exposé des motifs, Législ. civ. de Locré, t. 6, p. 196, n° 10.

térêt pourrait inspirer, quelle confiance pourrait obtenir celui qui proclamerait lui-même sa propre immoralité (1)?

710. Mais comment pourra-t-on prouver contre le mari qu'il a eu connaissance avant le mariage de la grossesse de la femme?

La Commission de législation voulait que cette preuve ne pût être faite que par des écrits du mari lui-même.

Mais on fit observer qu'une telle exigence rendrait illusoire la fin de non-recevoir; que la fréquentation antérieure au mariage ne pourrait être établie par les lettres des parties, parce que, quelle que soit l'intimité des rapports, les lettres ne contiennent ordinairement que des protestations d'amour et non des aveux de concubinage; qu'à plus forte raison s'expliquent-elles rarement sur le fait de la grossesse; qu'il serait plus rare encore que la femme, dont ces lettres prouveraient les désordres, les conservât.

La proposition de la Commission fut rejetée.

On fit observer au Conseil d'Etat que l'article était muet sur le mode de preuve de la grossesse, et qu'à s'en tenir au principe général il faudrait un commencement de preuve par écrit.

On répondit qu'il était impossible de fixer à l'avance quels faits on pourrait regarder comme probants.

L'article fut adopté sans autre explication, ce qui a fait dire à M. Locré que la mère et l'enfant peuvent faire valoir tous les faits qui repoussent le désaveu; que tous les genres de preuves leur sont permis. Le refus qu'on a fait de régler la manière de prouver entraîne toutes ces conséquences, et le texte est tellement général qu'il laisse aux parties et aux juges une latitude indéfinie (2).

C'est à la femme, c'est à l'enfant, l'un et l'autre défen-

(1) V. Duranton, t. 3, p. 27, n° 28; Toullier, t. 2, n° 823. — Avis conformes.

(2) Esprit du Code civil, *ibid*, p. 61, 62.

deurs en désaveu, à prouver que le mari a connu la grossesse avant le mariage.

La naissance prématurée est le moyen du demandeur en désaveu. L'allégation qu'il a connu la grossesse est l'exception des défendeurs. C'est à eux de justifier leur exception. *Reus fit actor excipiendo.*

Le droit de prouver que le mari avait connu avant le mariage la grossesse de la femme qu'il avait épousée ne paraît pas susceptible d'être sérieusement contesté à la femme et à l'enfant.

Cependant, par arrêt du 29 prairial an 13, la Cour de Besançon a refusé d'admettre, à faire cette preuve, la mère d'un enfant né cent huit jours après son mariage. Cet arrêt est fondé sur des indices graves qui justifiaient le désaveu (1).

C'est une décision de sentiment plutôt que de doctrine. Il eût été plus légal d'admettre la preuve sauf à en apprécier le résultat et à accueillir le désaveu si les faits prouvés étaient peu concluants ou s'ils étaient affaiblis ou détruits par les indices graves qui se présentaient.

711. Pour tenir lieu de la preuve directe, contre le mari, de la connaissance de la grossesse, suffirait-il d'établir contre lui des faits de fréquentation et même de cohabitation avec la mère pour en conclure qu'il a connu ou dû connaître sa grossesse?

M. Toullier est de cet avis. Il combat l'opinion contraire de Proudhon; il fait observer que les faits de fréquentation et de cohabitation tendant à prouver que le mari a eu connaissance de la grossesse. Car s'il a cohabité avec la femme enceinte, il n'a pu ignorer sa position.

Il s'appuie sur la généralité des dispositions de l'art. 314 et sur la faculté que laisse cet article de recourir à tous les genres de preuves, sans qu'il soit besoin de commencement de preuve par écrit.

(1) S., 3. 2. 331; Denev., 4, 2.

Il reconnaît cependant que le mari, de son côté, peut combattre ces moyens par des faits contraires, en prouvant, par exemple, qu'il était éloigné ou qu'il ne connaissait pas encore la mère à l'époque de la conception, comme dans l'arrêt de Bonnafé, rapporté dans le nouveau Denizart, t. 8, p. 5, n° 5.

M. Proudhon pense « que l'exception de la loi n'étant fondée que sur la connaissance positive de la grossesse, il n'est pas permis d'articuler d'autres faits sans retomber dans l'arbitraire.

» Un homme, dit-il, peut avoir fréquenté une femme sans croire à sa grossesse. Les faits de fréquentation laissent toujours sur leurs conséquences une incertitude telle que nos législateurs ont cru devoir abolir toute recherche de paternité fondée sur de pareilles circonstances. Il serait possible, d'ailleurs, qu'une femme, voulant couvrir ses désordres sous le voile du mariage, se portât à tromper le mari qu'elle aurait attiré dans le piége (1).

Il paraît néanmoins à M. Proudhon que, dans le cas d'enlèvement de la mère, si l'époque de l'enlèvement se rapportait à celle de la conception, cet événement, joint au mariage qui l'aurait suivi, devrait balancer le désaveu du mari. Il donne pour motif à cette modification de son opinion dans cette hypothèse les dispositions de l'art. 340 du Code, qui admettent dans ce cas la recherche de paternité même hors le mariage.

712. M. Duranton trouve trop absolue l'une et l'autre opinion, et il en professe une intermédiaire selon laquelle c'est d'après les circonstances qu'on doit considérer les faits de fréquentation comme suffisants ou non pour faire rejeter l'action en désaveu (2).

L'opinion de M. Duranton nous paraît la plus vraie. Elle se concilie avec les termes et l'esprit de l'article 314, qui

(1) Proudhon, *de l'état des personnes*, p 18.
(2) Duranton, t. 3, n° 30.

n'exclut aucun genre de preuves contre la réclamation du mari ; elle est autorisée aussi par les principes généraux qui attribuent aux présomptions graves, précises et concordantes, la même puissance qu'aux preuves testimoniales directes, lorsque celles-ci sont admissibles. (Code civil, article 1353.)

Certes, lorsque les faits de fréquentation sont nombreux, qu'ils remontent à une époque correspondante à celle de la conception, qu'ils ont été suivis du mariage de deux personnes qui s'y livraient, ils offrent une présomption très-grave de la connaissance de la grossesse par le mari, surtout si cette grossesse était déjà un peu avancée à la date de certains des faits de cohabitation ou même de fréquentation habituelle. Cette présomption grave, réunie aux autres circonstances et surtout au mariage, peut faire considérer le mari comme l'auteur réel de la paternité.

Seulement on doit faire une distinction commandée par la loi même entre le cas où est faite la preuve directe de la connaissance de la grossesse par le mari avant le mariage, et celui où cette connaissance s'induit seulement des faits de fréquentation et des circonstances qui accompagnent ces faits.

Dans le premier cas, le mari ne sera pas écouté dans ce qu'il alléguerait pour prouver qu'il n'est pas le père ;

Dans le second, il pourra présenter toutes les preuves exclusives de sa paternité, telles que son éloignement à l'époque de la conception, la mauvaise conduite de la femme et les autres faits propres à justifier le désaveu. Ce serait aux tribunaux à comparer ces preuves opposées, à les apprécier dans leur sagesse et à éviter de récompenser les désordres de la femme, ou de protéger l'injustice du mari en flétrissant un enfant dont tout annoncerait qu'il est le père.

Sous ce rapport, notre opinion et celle de Duranton lui-même se rapprochent de la doctrine de M. Toullier.

713. Quant au cas d'enlèvement, si son époque se rap-

porte à celui de la conception, les tribunaux ne peuvent hésiter à reprocher avec une juste indignation l'action d'un mari qui tenterait d'avilir par un désaveu celle qu'il aurait déjà cherché à déshonorer par le rapt.

Nous avons dit, avec tous les auteurs que nous avons cités, que s'il était constant que le mari connût avant le mariage la grossesse de sa femme, il ne serait pas reçu à désavouer l'enfant en cherchant à prouver qu'il n'en est pas le père.

Mais si le fait de cette connaissance n'était pas déjà acquis au procès, qu'il fût seulement l'objet d'une instruction et d'une preuve testimoniale qu'offriraient la mère et l'enfant, le mari, à l'appui du désaveu, serait autorisé à faire lui-même, par écrit ou par témoins, la preuve de faits propres à établir qu'il a réellement ignoré cette grossesse. Dans toutes les matières, la preuve contraire est toujours de droit.

714. La seconde exception, écrite dans l'article 314, repose sur l'approbation donnée par le mari à l'acte de naissance de l'enfant.

La loi considère comme reconnaissance de la légitimité de l'enfant l'assistance du père à l'acte de naissance, si cet acte est signé de lui, ou s'il y est fait mention qu'il a déclaré ne savoir signer.

On conçoit le motif de cette exception.

L'acte de naissance doit contenir non-seulement le nom de la mère, mais encore le nom du mari de celle-ci, qui doit y être désigné comme père ?

Assister à l'acte de naissance, y concourir, c'est évidemment reconnaître l'enfant ; c'est avouer la paternité.

« Comment pourrait-il revenir contre sa propre déclaration donnée dans l'acte même destiné à constater l'état civil de l'enfant.

» La loi ne se borne pas à sonder le cœur et à calculer les véritables intérêts du mari : elle se met en garde contre

les passions qui pourraient l'aveugler. Elle n'admet pas le désaveu qui ne se trouve point d'accord avec sa conduite antérieure. S'il avait toujours cru que l'enfant lui fût étranger, aucun acte ne démentirait une opinion qui, depuis la naissance de cet enfant, a dû déchirer son âme. S'il a varié dans cette opinion, il n'est plus recevable à refuser à l'enfant l'état qu'il ne lui a pas toujours contesté (1).

» Quelle faveur pourrait-il mériter, puisqu'en rétractant une reconnaissance aussi formelle et aussi librement consentie que celle qu'il aurait consignée dans les registres publics, il se convaincrait lui-même de n'avoir d'autre but dans son désaveu que de frapper du même coup et l'enfant et la mère (2)? » .

Ces observations dictèrent les termes prohibitifs de l'article 314. L'enfant *ne pourra être désavoué*, dit cet article dans les cas qu'il prévoit; l'assistance du père à l'acte de naissance étant un de ces cas, l'interdiction du désaveu est absolue.

On objecta que la prohibition contrariait la disposition d'un article postérieur (l'article 316) qui donne au mari le droit de réclamer dans le mois contre l'enfant né avant terme.

Il fut répondu que le mari ferait des réserves, et la disposition fut maintenue (3).

715. M. Locré fait observer avec justesse, 1° qu'il serait douteux que des réserves pussent être insérées dans l'acte même;

2° Qu'elles seraient sans force si elles étaient faites après la signature de l'acte. Car elles ne détruiraient pas une fin de non-recevoir qui serait alors irrévocablement acquise.

En effet, il n'est pas à présumer qu'un officier de l'Etat civil fût assez imprudent pour insérer dans l'acte des ré-

(1) Exposé des motifs, Législation civile de Locré, t. 6, n°s 9 et 10.
(2) Rapport du tribun Lahary; Esprit du Code civil, t. 5, p. 62, et Législation civile, t. 6, commentaire 10, n° 13, p. 243.
(3) Esprit du Code civil, *loco citato*.

205115

serves qui compromettraient l'état de l'enfant et l'honneur de la mère. L'article 57 du Code civil détermine les énonciations que doit contenir l'acte. L'officier de l'État civil ne doit y insérer rien de plus. Si le mari de l'épouse craint de nuire à ses projets de désaveu, il lui est libre de ne pas assister à l'acte de naissance.

S'il y assiste, s'il le signe ou qu'il y soit fait mention qu'il n'a su signer, il ferait vainement des réserves ; le fait serait plus fort que la protestation, *facta potentiora sunt verbis*.

716. L'exception fondée sur l'assistance du père à l'acte de naissance est-elle limitative?

Ce serait mal connaître l'esprit de la loi que de le supposer.

C'est sur la reconnaissance exprimée ou tacite de la paternité que cette exception est fondée.

Or, si la reconnaissance n'a pas lieu par l'acte de naissance, pourquoi ne pourrait-elle pas être faite par un autre acte?

Le mari peut être absent au moment de la naissance ; il peut être malade. Ces deux causes ou d'autres semblables peuvent l'empêcher d'assister à l'acte de naissance. Mais si depuis la naissance, si même avant il a manifesté l'intention de se considérer comme père de l'enfant, l'action en désaveu ne sera plus recevable.

« Il faut pour que le désaveu du mari ne soit pas une action scandaleuse légèrement admise, il faut que le mari n'ait laissé échapper soit au moment du mariage, soit au moment de la naissance de l'enfant, aucun acte, aucun signe, aucun aveu volontaire, exprès ou tacite de sa paternité (1). »

Il importe donc peu que l'aveu ait été consigné dans un acte authentique ou dans un acte sous seing-privé ; qu'il l'ait été dans l'acte de naissance ou dans un écrit particu-

(1) Discours du tribun Duveyrier, Législation civile de Locrè, t. 6, commentaire 11, n° 16, p. 296.

lier, qu'il l'ait été même par une simple lettre. Dans tous les cas cet aveu est le cri de la nature, l'expression de la vérité. Il ne peut plus être rétracté, l'opinion du mari fut-elle même changée. Car, comme le dit Bigot-Préameneu, si le mari a varié dans son opinion, il n'est plus recevable à refuser à l'enfant l'état qu'il ne lui a pas toujours contesté.

Cette variation, d'ailleurs, indique ou une mauvaise passion qui aurait germé plus tard, ou quelque incertitude, quelque doute ; et le doute même doit profiter à l'enfant, doit profiter à la mère (1).

717. Mais si aucun écrit authentique ou sous seing-privé émané du mari ne contenait la reconnaissance directe on indirecte de la paternité, il n'y aurait pas de fin de non-recevoir.

Il serait trop dangereux d'admettre en cette grave matière la preuve testimoniale d'une telle reconnaissance, à moins qu'il n'y eût un commencement de preuve par écrit. Il n'en est pas de ce cas comme de celui de la grossesse.

Les termes de l'art. 314, la première exception qu'il pose et la discussion qui a préparé cette exception, la difficulté même de se procurer une preuve écrite de la connaissance de la grossesse de la part du mari avant le mariage, tous ces motifs doivent autoriser la preuve testimoniale pour la première exception. Mais aucun d'eux ne se rencontre pour la seconde; elle doit, il semble, être rejetée.

718. Les deux premières exceptions peuvent donner lieu à une question fort grave.

Il peut arriver que le mariage ait été contracté peu de temps après la dissolution d'un précédent mariage soit de la femme, soit du mari ; que l'accouchement postérieur au second mariage précède même le 180me jour depuis la dissolution du premier mariage, et que l'enfant naisse viable.

La connaissance qu'aurait eue le second mari de la grossesse de la femme avant son second mariage, ou son assistance

(1) Voir l'opinion conforme de Proudhon, t. 2, p. 18; de Toullier, t. 2, n° 824; de Duranton, t. 3, n° 32.

à l'acte de naissance qui le désignerait comme père, ou toute autre reconnaissance de sa paternité, pourraient-elles attribuer à cet enfant le titre et les droits d'enfant légitime né du second mariage?

Cette question se présentera rarement. Mais elle peut se rencontrer et même avec des circonstances qui ne permettraient pas de supposer une erreur de la nature et de faire croire à la possibilité de la conception postérieure à la dissolution du premier mariage.

719. On doit, il semble, la résoudre contre la paternité du mari.

En effet, puisque la loi civile, fondée sur les lois de la nature, reconnaît et déclare que les naissances mêmes accélérées ne peuvent être antérieures au 180me jour de la conception, on ne peut admettre légalement de présomption de cohabitation entre deux époux l'un desquels n'était pas libre à l'époque de cette conception.

Ainsi, en attribuant dans ce cas la paternité au mari par application des deux premières dispositions de l'art. 314, ce serait reconnaître que la cohabitation a été illégitime et la conception adultérine. Ce serait donc placer l'enfant dans la triste position d'un enfant adultérin et le priver de tout droit, sauf des aliments, dans la succession même de sa mère (Code civil, art. 762).

Pour éviter une telle conséquence que doit-on décider?

Il faut distinguer entre le cas où ce serait la femme qui se serait remariée et celui où ce serait le mari.

Si la femme, à l'époque de la conception légalement présumée, était dans les liens d'un premier mariage, la paternité devra être attribuée au premier mari, et celui-ci ou ses héritiers ne pourront la repousser que par une action en désaveu. Cette décision est commandée par le principe écrit dans l'art. 312 qui déclare le mari père de l'enfant conçu pendant le mariage.

Si, au contraire, la femme était libre à l'époque présumée

de la conception, c'est-à-dire cent quatre-vingts jours au moins avant son mariage, et si le mari était alors l'époux d'une autre femme, l'enfant sera considéré comme enfant naturel simple, c'est-à-dire comme né d'une mère libre et d'un père inconnu.

Dans les deux cas la reconnaissance tacite ou exprimée de celui qui était le mari de sa mère au moment de la naissance de l'enfant ne produira aucun effet ; elle sera nulle, elle ne pourra ni nuire à l'enfant ni lui servir, parce qu'aux termes de l'art. 335 du Code civil toute reconnaissance est prohibée si elle s'applique à un enfant né d'un commerce adultérin.

Un grand nombre d'arrêts fondés sur les dispositions formelles de cet article ont jugé qu'une telle reconnaissance ne pourrait ni être opposée à l'enfant ni être invoquée par lui (1).

720. Mais quelle action devra-t-on exercer pour faire déclarer la non paternité du second mari?

Celui-ci, vraisemblablement, n'agira pas soit qu'il ait eu connaissance de la grossesse avant le mariage, soit qu'il ait assisté à l'acte de naissance sans réclamation, soit même que, par l'effet d'une simple négligence, il soit possible qu'il ne désavoue pas l'enfant dans le délai que la loi fixe pour ces sortes d'actions.

Sera-t-il non recevable à reclamer plus tard?

Ses héritiers le seront-ils eux-mêmes?

Ces questions sont délicates.

Si l'on assimile l'action à exercer à un désaveu ordinaire, il y aura une fin de non-recevoir incontestable écrite contre le mari dans l'art. 314 du Code civil pour les cas qui y sont prévus ; et cette fin de non-recevoir s'appliquera aussi aux héritiers.

Lors même que la grossesse n'aurait pas été connue par le mari avant le mariage et lorsqu'il n'aurait pas assisté à l'acte de naissance, s'il n'agit pas en désaveu, dans le délai

(1) Voir notamment ceux qui sont cités dans le Code annoté de Sirey, sur l'art. 335, et dans le Dictionnaire de Dalloz jeune, au mot *Filiation adultérine*, § 2.

prescrit par l'art. 316, son action sera éteinte, et celle des héritiers le sera aussi (V. l'art. 317).

Mais s'agit-il réellement du désaveu dont s'occupe l'article 314 ?

N'y a-t-il pas lieu seulement à une simple contestation de la paternité qu'on attribuerait au second mari, et à faire reconnaître, par la comparaison de l'époque de la dissolution du premier mariage avec celle de la conception légalement présumée, que ce n'est pas le second mari qui est le père de l'enfant ?

Une telle action tendrait moins à priver l'enfant d'une filiation légitime qu'à lui attribuer celle déclarée par l'art. 312 du Code civil si la naissance était antérieure au 180me jour de la dissolution du premier mariage de la mère, ou à empêcher qu'on ne le considérât comme adultérin si le mari était lui-même engagé dans de premiers liens lors de la conception légalement présumée.

Il semble donc que contre une telle action il n'y aurait ni exception fondée sur les dispositions de l'art. 314, ni fin de non-recevoir résultant du silence du mari ou des delais fixés par les art. 316 et 317.

Le silence du mari pourrait être assimilé en quelque sorte à la légitimation de l'enfant adultérin que prohibe l'art. 331.

Le délai de l'action ne devrait courir contre les héritiers du mari que du jour où l'enfant se présenterait pour recueillir la succession, seule époque à laquelle ils auraient un intérêt présent qui les autoriserait à lui contester l'état qu'il réclamerait.

D'ailleurs une telle action devrait être exercée contre l'enfant lui-même, défendu, s'il était mineur, par un tuteur spécial, et en présence de la mère. Elle ne pourrait l'être contre celle-ci seule soit personnellement, soit comme tutrice de l'enfant, la mère et l'enfant pouvant avoir sur cette question des intérêts opposés, et ayant, au moins, nécessairement des intérêts distincts.

La Cour de Colmar, par arrêt du 15 juin 1831, a eu à se prononcer sur une question semblable, relativement à un enfant né de l'épouse en secondes noces du sieur Uttard, mais dont la naissance était antérieure au 180me jour de la dissolution du premier mariage de celui-ci. L'acte de naissance qualifiait l'enfant de fils du sieur Uttard. Les enfants du premier lit formèrent contre la mère seule en son nom personnel et comme tutrice une demande en rectification de l'acte de naissance. Elle fut déclarée non-recevable sur le motif *qu'une telle demande était une contestation élevée contre la légitimité d'un enfant en possession d'état d'enfant légitime, laquelle rentrait dans les termes des art.* 317 *et* 318 *du Code civil, et devait être dirigée contre un tuteur* ad hoc *donné à l'enfant, en présence de la mère.*

La Cour n'examina pas les difficultés que pouvait faire naître l'art. 314.

La décision en elle-même est très-juste. Car il fallait que l'enfant fût *spécialement* représenté dans une cause si grave pour lui.

Les motifs seraient sujets à quelque critique si la Cour avait entendu considérer absolument la contestation comme un désaveu ordinaire ; mais elle paraît ne l'avoir assimilée que par analogie. Elle n'admet, d'ailleurs, qu'une fin de non-recevoir de procédure qui devait toujours être accueillie, quelle que fût la nature de l'action.

Cette fin de non-recevoir fut même prononcée d'office, parce qu'on ne pouvait juger l'état de l'enfant en son absence et qu'il n'était pas valablement représenté (1).

721. M. Proudhon examine une question qui a quelque analogie avec celle que nous venons de traiter.

Il suppose qu'une veuve contracte un nouveau mariage au bout d'un mois après le décès de son mari, et qu'elle accouche d'un enfant au bout de huit mois depuis son second

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 31. 2. 336.

mariage ; et il demande auquel des deux époux on devra attribuer la paternité ?

Comme cet auteur avait décidé précédemment, dans le chapitre du Mariage, que la prohibition, faite à la femme par l'art. 228 du Code civil, de contracter un nouveau mariage avant les dix mois révolus depuis la dissolution du premier, emportait la nullité du second mariage, ce qui rendrait illégitime l'enfant qui en serait issu, il pense que, toutes choses égales, on devrait attribuer la paternité au premier mari, afin de déclarer l'enfant légitime plutôt que bâtard, parce que la faveur due à l'innocence devrait l'emporter.

Pour nous qui n'avons pas été aussi rigoureux contre les seconds mariages contractés par des femmes avant les dix mois de délai fixés par l'art. 228 du Code, et qui avons pensé que ce délai n'était que réglementaire, et que la loi n'ayant pas attaché à son omission la peine de nullité, on ne pouvait, sans créer arbitrairement cette peine, déclarer nul le second mariage, nous ne partageons pas aussi l'avis de M. Proudhon sur la question qu'il propose, et nous pensons que, si l'enfant est né plus de 179 jours après le second mariage et même plus de 179 jours après la dissolution du premier, sans que le mari le désavoue dans le cas où la loi l'y autorise, on doit considérer le second mari comme auteur d'une paternité qu'il avoue lui-même plutôt que de l'attribuer à un premier mari qui ne s'explique pas ou dont les héritiers se taisent, et qui ne peut même avoir aucune opinion positive sur le fait.

Il peut y avoir, il est vrai, présomption de paternité en faveur du premier comme du second mari. Mais il y a de plus, en faveur du second, son aveu au moins tacite, et un aveu qui peut avoir pour base sa connaissance particulière de la position de son épouse au moment du second mariage.

M. Proudhon subordonne, d'ailleurs, son opinion au cas où toutes choses seraient égales ; c'est-à-dire qu'il veut

que la constitution physique de l'enfant soit examinée par des hommes de l'art, et que la paternité soit attribuée au premier mari, à moins qu'il ne leur paraisse que la conception ne doit pas naturellement être reculée au-delà du second mariage.

L'arbitraire d'un tel système est une raison de plus pour ne pas l'admettre. On s'exposerait à beaucoup de difficultés, à beaucoup d'erreurs en faisant dépendre la paternité de l'appréciation par des hommes de l'art de la constitution physique de l'enfant. Car outre les incertitudes de l'appréciation, le plus ou le moins de force et de développement de la constitution physique de l'enfant pourrait provenir de la nature de la constitution physique de la mère, et de divers accidents qu'elle aurait éprouvés pendant le cours de sa grossesse.

L'opinion que nous avons adoptée évite toutes ces difficultés; et si elle peut égarer dans certains cas, si elle ne prévoit pas tous ceux qui pourraient résulter des mystères de la conception, au moins elle a l'avantage de ne rien laisser à l'arbitraire et d'être fondée autant que possible soit sur la loi, soit sur la reconnaissance du second mari.

722. Lorsque l'enfant n'est pas déclaré viable, troisième cas d'exception prévu par l'art. 314, il ne doit plus s'élever de questions sur la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant.

Cette exception n'avait été proposée ni par la Commission ni par la Section de législation.

Elle fut présentée au Conseil d'Etat par le premier Consul.

Il fit observer que l'enfant étant formé après environ quarante jours, il pouvait naître à ce terme, quoiqu'il ne pût pas conserver la vie. Il proposa, en conséquence, de ne pas permettre le désaveu de l'enfant non viable. La proposition fut adoptée et forma la troisième exception.

Les motifs de la règle sont que la non viabilité de l'enfant prouve qu'il n'a pas atteint le septième mois, et que sa conception remonte à une époque postérieure au mariage.

« Je ne voudrais pas, dit le premier Consul, que de la » naissance d'un enfant qui meurt ensuite, on pût jamais » tirer des conséquences contre l'honneur d'une femme, » parce qu'alors il n'y a rien de prouvé, et qu'on ne sait » si l'enfant est né à terme. (Procès-verbal du 14 brumaire » an 10.) »

D'ailleurs, quel but le mari pourrait-il se proposer en désavouant un enfant qui ne doit pas vivre, si ce n'est de porter atteinte à la réputation de la femme à laquelle il s'est uni ? Il ne peut même avoir l'intérêt du divorce pour cause d'adultère, puisqu'il suppose que la faute est antérieure à son mariage. Les tribunaux ne doivent pas l'écouter dans son aveugle ressentiment. (Exposé des motifs par Bigot-Préameneu) (1).

723. Cependant l'exception ne s'applique pas à tous les enfants qui mourraient presqu'à leur naissance. Le nouveau-né peut ne pas conserver la vie et cependant être né viable. La règle littérale ne s'entend que de l'enfant né non viable ; et le désaveu pourrait être utile à l'égard de l'enfant qui, quoique né viable, survivrait quelques jours, quelques heures seulement après sa naissance, parce qu'il aurait pu succéder dans l'intervalle de la conception à sa mort, et transmettre à ses propres héritiers les biens qu'il aurait recueillis. (V. l'art. 725 du Code civil.)

Mais comment reconnaîtra-t-on que le nouveau né est ou n'est pas viable ?

Il n'y aurait que deux moyens : l'un de juger de la viabilité par le temps pendant lequel l'enfant survivrait à sa naissance, l'autre de laisser décider les gens de l'art.

Le premier moyen avait d'abord été adopté sur la proposition de M. Boulay. D'après cette proposition l'enfant, né avant le 180me jour du mariage et qui survivrait dix jours à sa naissance, pourrait être désavoué.

(1) V. Législation civile de Locré, t. 6, sur l'art. 314, comment. 1er, n° 9 et suiv., et comment. 9, n° 11.

Mais le moyen était incertain ; il pouvait même devenir dangereux, et sur les observations du Tribunat il fut définitivement rejeté.

« Cette condition, disait-on, réduirait la mère à la douloureuse alternative de désirer la mort de son enfant ou de craindre un désaveu à jamais flétrissant pour elle. Un tel combat entre la nature et l'honneur exposerait la vie de l'enfant à être sacrifiée, sinon par un crime au moins par une négligence dont l'effet serait pour lui le même. »

On a pensé qu'il était dangereux de placer le cœur humain dans une situation si délicate. En conséquence, on a proposé et la Section a adopté la suppression de cette partie de l'article (1).

Ainsi, c'est aux gens de l'art qu'est confiée la décision de la question de viabilité de l'enfant né avant le 180e jour du mariage, et c'est de leur décision que dépendra pour le mari la faculté de désavouer ou non l'enfant né avant ce 180me jour.

On conçoit que, si l'existence de l'enfant se prolongeait quoique les hommes de l'art l'eussent déclaré non-viable, des débats très-graves pourraient s'élever, et, que sur un désaveu, les tribunaux croiraient plutôt à une erreur des hommes de l'art qu'à une erreur de la nature.

724. L'art. 314 n'admet l'exception de la non viabilité de l'enfant pour écarter le désaveu que dans le cas de la naissance antérieure au 180me jour du mariage. C'est aussi à ce cas seul que doit être restreinte la fin de non-recevoir. Elle ne pourrait être invoquée, relativement à un enfant conçu pendant le mariage, pour repousser l'action du mari ondée sur son éloignement et sur l'impossibilité physique de sa cohabitation avec la femme pendant les 180 jours qui auraient précédé l'accouchement. Dans un tel cas, le désaveu est autorisé par l'art. 312 ; et lors même que l'enfant

(1) V. Législation de Locré, t. 6, commentaire 9, n° 6.

n'est pas né viable, le mari peut avoir intérêt à le désavouer, sinon pour ne pas laisser introduire un étranger dans sa famille, au moins pour obtenir la preuve légale de l'adultère de la femme, et faire prononcer contr'elle la séparation de corps. (V. les art. 225 et 306 du Code civil.)

Un tel désaveu est dirigé contre la femme plutôt que contre l'enfant qui ne peut conserver la vie. Mais il n'en est pas moins autorisé par la loi, et la femme ne peut y échapper en invoquant l'art. 314 qui ne s'y applique pas.

Mais elle peut y défendre, au fond, à l'aide des circonstances, en argumentant surtout de la faiblesse de la constitution de l'enfant, et en s'appuyant de l'opinion des gens de l'art dont l'examen et le rapport pourraient conduire à penser que l'enfant n'a été conçu que depuis le retour du mari.

S'il en était ainsi, l'action, quoique recevable, serait rejetée comme mal fondée (1).

Telle est aussi l'opinion de MM. Proudhon et Toullier.

725. Suivant l'art. 314, l'action en désaveu n'est pas autorisée *si l'enfant n'est pas déclaré viable.*

De la lettre de l'article il résulterait que le désaveu ne peut pas être formé avant la naissance de l'enfant. Cependant un arrêt de la Cour de cassation, du 12 fructidor an 13, a consacré, par le rejet du pourvoi, une décision de la Cour de Liége qui avait admis l'action formée par le mari en désaveu de l'enfant dont sa femme était enceinte.

L'arrêt a été rendu sous l'influence des anciens principes qui ne subordonnaient pas l'action du mari à la viabilité de l'enfant (2).

Examinons à quelles personnes appartient l'action en désaveu.

(1) Proudhon, t. 2, p. 25; Toullier, t. 2, p. 152, n° 823, *in fine.*
(2) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 6. 2. 24.

§ II.

De l'action en désaveu; des personnes auxquelles elle appartient; de celles à qui elle est interdite.

SOMMAIRE.

726. *Avant le désaveu l'enfant est réputé légitime.*
727. *Le désaveu n'appartient qu'au mari ou à ses héritiers.*
728. *Les donataires ou légataires à titre universel sont considérés comme héritiers pour le désaveu s'ils y ont un intérêt présent.*
729. *L'action n'appartient pas aux donataires ou légataires à titre particulier.*
730. Quid *des héritiers présomptifs après la déclaration d'absence?*
731. *Le désaveu pour cause d'adultère appartient-il aux héritiers?*
732. *Il n'appartient pas à la mère.*
733. *Il n'appartient pas à l'enfant lui-même.*
734. Quid *du désaveu d'un enfant posthume par les frères et sœurs qui dénient le mariage de leur père?*

726. Même dans les cas où les circonstances peuvent signaler comme illégitime l'enfant né d'une épouse, l'enfant est considéré comme légitime, tant que la paternité n'est pas désavouée.

La faute de l'épouse ne se présume pas.

727. Si le mari, qui aurait à s'en plaindre, garde le silence, ou si, après sa mort, ses héritiers se taisent, la loi respecte ce que les parties intéressées ont respecté elles-mêmes; plutôt que de supposer que la mère est coupable, elle croit à une erreur de la nature ou à la fausseté des apparences, et l'enfant conserve le titre d'enfant légitime ainsi que les droits attachés à ce titre sans qu'aucun autre que le mari de la mère ou les héritiers de ce mari puissent les lui contester.

La loi, en effet, dans les articles où elle s'occupe du désaveu proprement dit, ne parle que du mari et de ses héritiers, comme ayant le droit de désavouer l'enfant. Elle ne dit pas, comme dans d'autres cas, comme dans celui de la

nullité d'un mariage, par exemple, que l'action appartient à tous ceux qui y ont intérêt (V. C. civ., art. 184).

Le droit de l'exercer doit donc être restreint aux personnes à qui le texte de la loi l'attribue.

Telle a été l'intention du législateur, qui nous a été transmise par le secrétaire du Conseil d'Etat, en ces termes :

« La faculté de désavouer l'enfant, dans les cas où la présomption légale de la légitimité vient à cesser, n'appartient qu'au mari et à ses héritiers (1). »

C'est aussi l'opinion de tous les auteurs qui ont examiné la question (2).

Le droit des héritiers avait même fait difficulté au Conseil d'Etat. La Commission avait accordé la faculté du désaveu, non-seulement aux héritiers du mari, mais encore à tous ceux qui y avaient intérêt. Elle avait proposé un article ainsi conçu :

« *Si le mari est décédé sans avoir fait le désaveu, mais* » *ayant encore la faculté de le faire, la légitimité de l'enfant* » *peut être contestée par tous ceux qui y ont intérêt.* »

Les Cours d'appel de Bordeaux et de Lyon demandèrent la radiation de l'article. La disposition est odieuse, disaient avec elles plusieurs conseillers d'Etat. Le mari peut seul avoir la conscience de la paternité ; « l'injure lui est personnelle. S'il a gardé le silence, il est censé avoir reconnu l'état de l'enfant ou avoir pardonné et consenti à l'adopter. Personne n'a plus le droit de faire le désaveu... La loi ne doit pas fournir des armes à l'avidité.... Pourquoi des collatéraux viendraient-ils démentir la générosité du mari ou sa justice?... Si ce sont des enfants qui réclament ils déshonorent leur propre nom... La lutte, d'ailleurs, cesse d'être égale. La mort du mari enlève à la femme l'avantage des aveux qu'il aurait pu faire. »

(1) Esprit du Code civil, t. 5, p. 67.

(2) V. Proudhon, t. p. 40; Toullier, t. 2, nos 832, 834; Duranton, t. 3, nos 68, 69.

Ces raisons étaient puissantes : elles avaient entraîné la Section de législation qui non-seulement retrancha l'article, mais y substitua une disposition absolument contraire, en ces termes :

« *Si le mari est décédé sans avoir fait le désaveu, ses héritiers ne seront point admis à contester la légitimité de l'enfant.* »

« Mais on fit observer qu'une succession était une propriété ; qu'on ne pouvait refuser aux héritiers du mari la faculté de faire valoir leurs droits et de détruire les obstacles qui en gênent l'exercice en contestant l'état des enfants ;

» Que le silence du mari ne prouve rien tant que le délai de sa réclamation n'est pas écoulé. Qu'une maladie grave peut le surprendre et le conduire au tombeau avant l'expiration du délai. Que parler de pardon c'est s'écarter de la théorie de la matière ; qu'il ne s'agit pas, en effet, de pardon, mais d'une vérité de fait ; savoir si le mari est ou non père de l'enfant, en un mot s'il y a paternité naturelle. »

« Ces raisons, ajoute M. Locré, ont décidé à donner l'action en désaveu, non pas à tous ceux qui ont intérêt à » désavouer l'enfant, mais aux héritiers seulement (1). »

Cette limitation était nécessaire pour empêcher que des tiers ne troublassent pendant le mariage, par des actions indiscrètes, l'union et le bonheur domestique des deux époux, ou ne pussent après la mort du mari flétrir l'épouse, avilir les enfants et détruire leur état. Elle était juste, d'ailleurs ; car c'est le mari qui, après la femme, est le premier juge, le juge le plus intéressé du fait. S'il ne se plaint pas, lorsqu'il le peut, lorsque la mort ne l'en empêche pas, qui pourrait avoir le droit de se plaindre ? *Probatam enim à marito uxorem, et quiescens matrimonium non debet alius turbare et inquietare.* (L. 26, ff. *ad leg. Juliam de adult.*)

On voit que la règle a été puisée, comme la plupart des

(1) V. Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 317.

principes de notre législation, dans le droit romain, ce pr cieux et vaste dépôt de la sagesse humaine.

Ainsi, le silence du mari, lorsqu'il a connu la naissan de l'enfant et qu'il n'en a pas contesté la légitimité dans délai que la loi lui donne (v. l'art. 316), ce silence que loi considère comme une approbation tacite, et, à plus for raison, des actes authentiques ou sous seing-privé éman du mari et qui reconnaîtraient directement ou indirect ment la légitimité de l'enfant, en le privant du droit de d savouer sa paternité, en priveraient aussi ses héritiers qu qu'ils fussent. On peut voir, à l'appui de cette vérité, u arrêt de la Cour de cassation, du 19 mai 1839, rappor par Sirey, t. 39. 1. 521.

Mais si la mort du mari a été trop prompte, ou si d'a tres circonstances ne lui ont pas permis de réclamer dans court délai que la loi lui accordait, si, d'ailleurs, il n'a p approuvé la naissance de l'enfant, ses héritiers seront a mis, à sa place, à proposer le désaveu. Car ce droit n'e pas un de ceux que la loi a exclusivement attaché à la pe sonne. Elle l'attribue aussi aux héritiers, soit par la règ générale suivant laquelle des héritiers succèdent toujou aux droits de leur auteur excepté dans les cas où des règl spéciales ou formelles les en excluent, soit par les dispo tions particulières des art. 317 et 318 sur le désaveu.

La loi nouvelle est plus favorable aux héritiers que l'a cienne jurisprudence. Autrefois les héritiers directs seu étaient admis à agir en désaveu (1).

Aujourd'hui le Code ne fait aucune distinction ent les diverses classes d'héritiers. Collatéraux ou directs, i ont tous le même droit. Mais ceux-ci doivent être écou avec plus de faveur et jugés moins sévèrement, selon l auteurs des Pandectes françaises. La justesse de cette obs vation dépend cependant des circonstances. Car si l'acti

(1) V. les auteurs des Pandectes françaises, sur l'art. 317 (311 da leur ouvrage) et les autorités qu'ils citent.

frappait la mère des héritiers directs, ils seraient peu favorables les enfants qui attaqueraient ainsi l'honneur de leur mère.

728. Par le mot *héritiers*, on doit entendre tous ceux qui représentent le mari à titre universel, parce qu'ils sont *loco hæredis*, qu'ils ont les mêmes charges et qu'ils doivent avoir, par conséquent, les mêmes droits (1).

729. Delvincourt accorde l'action en désaveu, même aux légataires particuliers.

C'est étendre la faculté : c'est l'attribuer à tous ceux qui y ont intérêt, quoique la proposition en ait été repoussée au Conseil d'Etat. C'est ajouter à la loi qui n'accorde le droit qu'aux héritiers. Cette opinion est une erreur.

Elle n'est pas partagée par les autres auteurs (2).

Duranton l'adopte cependant relativement aux enfants nés après les 300 jours de la dissolution du mariage, ou qui étaient nés avant le 180me jour de la célébration et peut-être légitimés quoique étant le fruit de l'adultère. Mais dans ces deux cas, la question qui s'élève est moins une question de désaveu qu'une question de légitimité, et nous verrons bientôt que l'on ne doit pas confondre les deux actions.

Selon Duranton les donataires ou légataires universels ne peuvent agir que par voie d'exception, et qu'autant qu'ils sont troublés dans leur possession.

Mais s'ils représentent le défunt, s'ils sont à tous ses droits, si la loi les assimile à des héritiers naturels quant aux avantages généraux que leur titre leur attribue, pourquoi leur refuserait-on l'action directe?

D'ailleurs, elle peut leur être nécessaire pour obtenir la possession même du don ou du legs universel, l'enfant jouissant provisoirement de l'état d'enfant légitime, et ayant, par conséquent, la saisine légale des biens.

(1) V. les auteurs cités plus haut.

(2) V. Proudhon, t. 2, p. 51 ; Toullier, t. 2, n° 834 ; Duranton, t. 3, n.s 82 et 83.

Enfin, si le délai de l'action, délai très-restreint p
art. 316 et 317, expirait avant que la contestation f
mouvement, il serait plus que douteux que le désaveu
posé par voie d'exception le fît revivre, et écartât la f
non-recevoir. (V. le paragraphe suivant.)

Cependant les donataires ou légataires universels ne
vent désavouer l'enfant ou contester sa légitimité, si
intérêt ne le leur commande pas. Car, comme le fait obs
avec justesse M. Duranton, les effets moraux, les c
quences éloignées de la famille appartiennent plutôt au
ritiers du sang, aux membres de cette famille, qu'
étrangers qui n'ont de titres que dans les libéralités
ont reçues du défunt : si ces libéralités sont respectée
l'enfant, ils ne doivent pas être reçus à lui contester
état. Les héritiers du sang eux-mêmes ne devraient
être admis si le défunt avait disposé de tous ses bien
qu'ils ne fussent pas héritiers à réserve.

En un mot, il n'en est pas des héritiers du m
quel que soit leur titre, comme du mari lui-même ; ce
a un outrage à venger, un intérêt d'honneur à mén
cet outrage, cet intérêt suffisent pour l'autoriser à a
désaveu. Quant aux représentants du mari, leur acti
paraît, d'après la loi, avoir pour mesure ou pour m
que leur intérêt matériel, puisque le délai de cette acti
court contr'eux que du jour où cet intérêt matériel e
teint ou menacé pour l'enfant, qui se met en possessi
bien du mari ou qui les trouble dans la possession qu'
ont prise eux-mêmes.

On doit aussi reconnaître que l'action en désaveu
partient pas aux héritiers naturels qui ont renoncé à l
cession. Ils ne représentent pas le défunt.

L'action en désaveu appartiendra-t-elle aux légata
titre universel ?

Oui, selon les auteurs cités; et cette opinion par
tionnelle ; les légataires à titre universel sont aussi ass

aux héritiers légitimes pour les droits comme pour les obligations.

M. Locré paraît d'un avis contraire, et le déduit de ce que l'art. 317 ne parle que des héritiers. « Ainsi, dit-il, le » légataire qui, ayant reçu plus que la portion disponible, » aurait intérêt à contester la légitimité de l'enfant, afin » d'échapper à la réduction, n'y serait pas admis.

» En effet, si une succession est une propriété qu'on » doit défendre, un legs est une pure libéralité à laquelle il » ne convient pas de sacrifier la tranquillité des enfants. »

Cette opinion, personnelle à M. Locré, n'est pas en harmonie avec celle que nous avons ci-dessus rappelée.

Elle ne paraît pas aussi conforme avec le sens indéfini de l'article 317 qui ne s'est pas servi d'une expression limitative, qui n'attribue pas l'action aux *héritiers légitimes* seulement, mais qui l'accorde aux *héritiers* en général, et par conséquent aux héritiers testamentaires ou contractuels comme aux héritiers naturels, et par conséquent aussi à tous ceux qui ont reçu du défunt un titre universel, soit par acte entre-vifs, soit par testament.

Car toutes ces personnes remplacent les héritiers naturels, *sunt loco hæredis;* elles sont, en droit, considérées comme héritières.

L'opinion de Locré ne serait vraie que pour les légataires ou donataires à titre particulier, parce que ceux-ci ne sont pas aux droits universels du défunt; et parce que la libéralité qui leur a été faite, ne suppose pas nécessairement dans le mari, la volonté de désavouer l'enfant, et peut se concilier avec la filiation légitime de celui-ci, que le père peut avoir voulu seulement grever d'une libéralité particulière, tandis qu'un don ou un legs universel ou à titre universel peut faire présumer que le père n'a pas cru à sa paternité, et que c'est dans cette pensée qu'il a disposé de ses biens à titre universel.

Mais quant aux légataires particuliers et aux créanciers

du mari, l'action en désaveu ne leur appartient pas. La leur accorder ce serait supposer qu'elle peut être exercée par tous ceux qui y ont intérêt, tandis que les dispositions formelles et exclusives des articles 316 et 317 du Code, et la discussion qui les a préparées restreignent le droit à la personne du mari et à celle de ses héritiers.

730. En l'absence du mari, ses héritiers présomptifs auront-ils qualité pour intenter l'action en désaveu?

La Cour de Toulouse a jugé deux fois que, même après avoir obtenu l'envoi en possession provisoire, des héritiers présomptifs ne pouvaient agir en désaveu contre l'enfant né de la femme depuis la déclaration d'absence, parce que, tant qu'il est possible que la faculté de désavouer soit exercée par le père, c'est un droit qui lui est personnel. Les arrêts sont du 14 juillet 1827 et du 29 décembre 1828 (1).

Ces décisions sont légales. Les héritiers présomptifs ne sont pas, même par l'envoi en possession provisoire, considérés comme héritiers définitifs. Leurs droits ne sont que provisoires, et subordonnés non-seulement au retour de l'absent, mais aussi à la preuve de son existence postérieure à l'envoi en possession provisoire. Cela est si vrai que, dans ce dernier cas aussi, les effets du jugement qui aurait déclaré l'absence cesseraient (Code civil, art. 131).

En sorte que si les nouvelles de l'existence avaient elles-mêmes cessé depuis, il faudrait une nouvelle déclaration d'absence et un second jugement d'envoi en possession qui n'accorderait la possession provisoire qu'à ceux qui seraient héritiers présomptifs au moment où les dernières nouvelles de l'existence seraient parvenues à la famille, quoique ces héritiers présomptifs ne fussent pas les mêmes personnes auxquelles aurait été attribuée la première possession provisoire.

On fera aussi observer que le droit des héritiers présomp-

(1) V. S., 28. 2. 202; et 29. 2. 157; v. aussi Dalloz jeune, t. 27. 2. 19 et 221.

tifs est considéré comme si peu absolu que l'épouse commune en biens, en optant pour la continuation de la communauté, pourrait empêcher l'envoi en possession provisoire et conserver par préférence l'administration des biens de son mari absent (Code c., v. art. 124.)

Enfin, on ajoutera que l'envoi en possession provisoire n'est qu'un dépôt. (Code, art 225.)

Comment de simples dépositaires seraient-ils admis à exercer une action aussi exorbitante que celle d'un désaveu?

La fin de non-recevoir serait encore plus caractérisée si l'enfant était né ou même légalement présumé conçu avant la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire. L'enfant pourrait, dans ce cas, contester à des parents collatéraux la qualité d'héritiers présomptifs, prétendre qu'il est, au contraire, lui-même l'héritier présomptif de l'absent, soutenir que ses qualités d'enfant légitime et d'héritier présomptif ne peuvent lui être contestées que par des personnes qui justifieraient d'un droit acquis et certain à l'hérédité de l'absent; que ce droit ne saurait exister en présence d'un enfant conçu ou né pendant le mariage; et que, pour faire disparaître cet obstacle et autoriser une action en désaveu, on ne peut préalablement supposer, dans ceux qui voudraient agir comme héritiers de l'absent, une qualité d'héritiers même présomptifs que la loi ne reconnaît pas tant qu'elle n'est pas reconnue ou prouvée par la non existence de tout successible en ligne directe.

731. M. Proudhon refuse aux héritiers du mari le désaveu pour cause d'adultère, quoique la grossesse ait été cachée. Il se fonde sur le motif que l'accusation d'adultère n'appartient qu'au mari qui peut même en faire cesser les effets. (Code civil, art. 309) (1).

Ce serait anéantir le droit dans les cas les plus fréquents,

(1) Proudhon, t. 2, p. 41-42.

« Je ne voudrais pas, dit le premier Consul, que de la » naissance d'un enfant qui meurt ensuite, on pût jamais » tirer des conséquences contre l'honneur d'une femme, » parce qu'alors il n'y a rien de prouvé, et qu'on ne sait » si l'enfant est né à terme. (Procès-verbal du 14 brumaire » an 10.) »

D'ailleurs, quel but le mari pourrait-il se proposer en désavouant un enfant qui ne doit pas vivre, si ce n'est de porter atteinte à la réputation de la femme à laquelle il s'est uni ? Il ne peut même avoir l'intérêt du divorce pour cause d'adultère, puisqu'il suppose que la faute est antérieure à son mariage. Les tribunaux ne doivent pas l'écouter dans son aveugle ressentiment. (Exposé des motifs par Bigot-Préameneu) (1).

723. Cependant l'exception ne s'applique pas à tous les enfants qui mourraient presqu'à leur naissance. Le nouveau-né peut ne pas conserver la vie et cependant être né viable. La règle littérale ne s'entend que de l'enfant né non viable; et le désaveu pourrait être utile à l'égard de l'enfant qui, quoique né viable, survivrait quelques jours, quelques heures seulement après sa naissance, parce qu'il aurait pu succéder dans l'intervalle de la conception à sa mort, et transmettre à ses propres héritiers les biens qu'il aurait recueillis. (V. l'art. 725 du Code civil.)

Mais comment reconnaîtra-t-on que le nouveau né est ou n'est pas viable ?

Il n'y aurait que deux moyens : l'un de juger de la viabilité par le temps pendant lequel l'enfant survivrait à sa naissance, l'autre de laisser décider les gens de l'art.

Le premier moyen avait d'abord été adopté sur la proposition de M. Boulay. D'après cette proposition l'enfant, né avant le 180me jour du mariage et qui survivrait dix jours à sa naissance, pourrait être désavoué.

(1) V. Législation civile de Locré, t. 6, sur l'art. 314, comment. 1er, nos 9 et suiv., et comment. 9, no 11.

Mais le moyen était incertain ; il pouvait même devenir dangereux, et sur les observations du Tribunat il fut définitivement rejeté.

« Cette condition, disait-on, réduirait la mère à la douloureuse alternative de désirer la mort de son enfant ou de craindre un désaveu à jamais flétrissant pour elle. Un tel combat entre la nature et l'honneur exposerait la vie de l'enfant à être sacrifiée, sinon par un crime au moins par une négligence dont l'effet serait pour lui le même. »

On a pensé qu'il était dangereux de placer le cœur humain dans une situation si délicate. En conséquence, on a proposé et la Section a adopté la suppression de cette partie de l'article (1).

Ainsi, c'est aux gens de l'art qu'est confiée la décision de la question de viabilité de l'enfant né avant le 180e jour du mariage, et c'est de leur décision que dépendra pour le mari la faculté de désavouer ou non l'enfant né avant ce 180me jour.

On conçoit que, si l'existence de l'enfant se prolongeait quoique les hommes de l'art l'eussent déclaré non-viable, des débats très-graves pourraient s'élever, et, que sur un désaveu, les tribunaux croiraient plutôt à une erreur des hommes de l'art qu'à une erreur de la nature.

724. L'art. 314 n'admet l'exception de la non viabilité de l'enfant pour écarter le désaveu que dans le cas de la naissance antérieure au 180me jour du mariage. C'est aussi à ce cas seul que doit être restreinte la fin de non-recevoir. Elle ne pourrait être invoquée, relativement à un enfant conçu pendant le mariage, pour repousser l'action du mari ondée sur son éloignement et sur l'impossibilité physique de sa cohabitation avec la femme pendant les 180 jours qui auraient précédé l'accouchement. Dans un tel cas, le désaveu est autorisé par l'art. 312 ; et lors même que l'enfant

(1) V. Législation de Locré, t. 6, commentaire 9, n° 6.

n'est pas né viable, le mari peut avoir intérêt à le désavouer, sinon pour ne pas laisser introduire un étranger dans sa famille, au moins pour obtenir la preuve légale de l'adultère de la femme, et faire prononcer contr'elle la séparation de corps. (V. les art. 225 et 306 du Code civil.)

Un tel désaveu est dirigé contre la femme plutôt que contre l'enfant qui ne peut conserver la vie. Mais il n'en est pas moins autorisé par la loi, et la femme ne peut y échapper en invoquant l'art. 314 qui ne s'y applique pas.

Mais elle peut y défendre, au fond, à l'aide des circonstances, en argumentant surtout de la faiblesse de la constitution de l'enfant, et en s'appuyant de l'opinion des gens de l'art dont l'examen et le rapport pourraient conduire à penser que l'enfant n'a été conçu que depuis le retour du mari.

S'il en était ainsi, l'action, quoique recevable, serait rejetée comme mal fondée (1).

Telle est aussi l'opinion de MM. Proudhon et Toullier.

725. Suivant l'art. 314, l'action en désaveu n'est pas autorisée *si l'enfant n'est pas déclaré viable.*

De la lettre de l'article il résulterait que le désaveu ne peut pas être formé avant la naissance de l'enfant. Cependant un arrêt de la Cour de cassation, du 12 fructidor an 13, a consacré, par le rejet du pourvoi, une décision de la Cour de Liége qui avait admis l'action formée par le mari en désaveu de l'enfant dont sa femme était enceinte.

L'arrêt a été rendu sous l'influence des anciens principes qui ne subordonnaient pas l'action du mari à la viabilité de l'enfant (2).

Examinons à quelles personnes appartient l'action en désaveu.

(1) Proudhon, t. 2, p. 25; Toullier, t. 2, p. 152, n° 823, *in fine*.
(2) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 6. 2. 24.

§ II.

De l'action en désaveu; des personnes auxquelles elle appartient; de celles à qui elle est interdite.

SOMMAIRE.

726. *Avant le désaveu l'enfant est réputé légitime.*
727. *Le désaveu n'appartient qu'au mari ou à ses héritiers.*
728. *Les donataires ou légataires à titre universel sont considérés comme héritiers pour le désaveu s'ils y ont un intérêt présent.*
729. *L'action n'appartient pas aux donataires ou légataires à titre particulier.*
730. Quid *des héritiers présomptifs après la déclaration d'absence?*
731. *Le désaveu pour cause d'adultère appartient-il aux héritiers?*
732. *Il n'appartient pas à la mère.*
733. *Il n'appartient pas à l'enfant lui-même.*
734. Quid *du désaveu d'un enfant posthume par les frères et sœurs qui dénient le mariage de leur père?*

726. Même dans les cas où les circonstances peuvent signaler comme illégitime l'enfant né d'une épouse, l'enfant est considéré comme légitime, tant que la paternité n'est pas désavouée.

La faute de l'épouse ne se présume pas.

727. Si le mari, qui aurait à s'en plaindre, garde le silence, ou si, après sa mort, ses héritiers se taisent, la loi respecte ce que les parties intéressées ont respecté elles-mêmes; plutôt que de supposer que la mère est coupable, elle croit à une erreur de la nature ou à la fausseté des apparences, et l'enfant conserve le titre d'enfant légitime ainsi que les droits attachés à ce titre sans qu'aucun autre que le mari de la mère ou les héritiers de ce mari puissent les lui contester.

La loi, en effet, dans les articles où elle s'occupe du désaveu proprement dit, ne parle que du mari et de ses héritiers, comme ayant le droit de désavouer l'enfant. Elle ne dit pas, comme dans d'autres cas, comme dans celui de la

nullité d'un mariage, par exemple, que l'action appartient tous ceux qui y ont intérêt (V. C. civ., art. 184).

Le droit de l'exercer doit donc être restreint aux person nes à qui le texte de la loi l'attribue.

Telle a été l'intention du législateur, qui nous a ét transmise par le secrétaire du Conseil d'Etat, en ces termes

« La faculté de désavouer l'enfant, dans les cas où l présomption légale de la légitimité vient à cesser, n'appar tient qu'au mari et à ses héritiers (1). »

C'est aussi l'opinion de tous les auteurs qui ont examin la question (2).

Le droit des héritiers avait même fait difficulté au Conse d'Etat. La Commission avait accordé la faculté du désaveu non-seulement aux héritiers du mari, mais encore à tou ceux qui y avaient intérêt. Elle avait proposé un artic ainsi conçu :

« *Si le mari est décédé sans avoir fait le désaveu, ma* » *ayant encore la faculté de le faire, la légitimité de l'enfa* » *peut être contestée par tous ceux qui y ont intérêt.* »

Les Cours d'appel de Bordeaux et de Lyon demandèrei la radiation de l'article. La disposition est odieuse, disaie avec elles plusieurs conseillers d'Etat. Le mari peut se avoir la conscience de la paternité ; « l'injure lui est persó nelle. S'il a gardé le silence, il est censé avoir reconnu l'ét de l'enfant ou avoir pardonné et consenti à l'adopter. Per sonne n'a plus le droit de faire le désaveu... La loi ne do pas fournir des armes à l'avidité.... Pourquoi des collat raux viendraient-ils démentir la générosité du mari ou.s justice?... Si ce sont des enfants qui réclament ils déshon rent leur propre nom... La lutte, d'ailleurs, cesse d'ét égale. La mort du mari enlève à la femme l'avantage d aveux qu'il aurait pu faire. »

(1) Esprit du Code civil, t. 5, p. 67.

(2) V. Proudhon, t. p. 40; Toullier, t. 2, nos 832, 834; Duranton t. 3, nos 68, 69.

Ces raisons étaient puissantes : elles avaient entraîné la Section de législation qui non-seulement retrancha l'article, mais y substitua une disposition absolument contraire, en ces termes :

« *Si le mari est décédé sans avoir fait le désaveu, ses héritiers ne seront point admis à contester la légitimité de l'enfant.* »

« Mais on fit observer qu'une succession était une propriété ; qu'on ne pouvait refuser aux héritiers du mari la faculté de faire valoir leurs droits et de détruire les obstacles qui en gênent l'exercice en contestant l'état des enfants ;

» Que le silence du mari ne prouve rien tant que le délai de sa réclamation n'est pas écoulé. Qu'une maladie grave peut le surprendre et le conduire au tombeau avant l'expiration du délai. Que parler de pardon c'est s'écarter de la théorie de la matière ; qu'il ne s'agit pas, en effet, de pardon, mais d'une vérité de fait; savoir si le mari est ou non père de l'enfant, en un mot s'il y a paternité naturelle. »

« Ces raisons, ajoute M. Locré, ont décidé à donner l'ac-
» tion en désaveu, non pas à tous ceux qui ont intérêt à
» désavouer l'enfant, mais aux héritiers seulement (1). »

Cette limitation était nécessaire pour empêcher que des tiers ne troublassent pendant le mariage, par des actions indiscrètes, l'union et le bonheur domestique des deux époux, ou ne pussent après la mort du mari flétrir l'épouse, avilir les enfants et détruire leur état. Elle était juste, d'ailleurs ; car c'est le mari qui, après la femme, est le premier juge, le juge le plus intéressé du fait. S'il ne se plaint pas, lorsqu'il le peut, lorsque la mort ne l'en empêche pas, qui pourrait avoir le droit de se plaindre ? *Probatam enim à marito uxorem, et quiescens matrimonium non debet alius turbare et inquietare.* (L. 26, ff. *ad leg. Juliam de adult.*)

On voit que la règle a été puisée, comme la plupart des

(1) V. Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 317.

principes de notre législation, dans le droit romain, ce précieux et vaste dépôt de la sagesse humaine.

Ainsi, le silence du mari, lorsqu'il a connu la naissance de l'enfant et qu'il n'en a pas contesté la légitimité dans le délai que la loi lui donne (v. l'art. 316), ce silence que la loi considère comme une approbation tacite, et, à plus forte raison, des actes authentiques ou sous seing-privé émanés du mari et qui reconnaîtraient directement ou indirectement la légitimité de l'enfant, en le privant du droit de désavouer sa paternité, en priveraient aussi ses héritiers quels qu'ils fussent. On peut voir, à l'appui de cette vérité, un arrêt de la Cour de cassation, du 19 mai 1839, rapporté par Sirey, t. 39. 1. 521.

Mais si la mort du mari a été trop prompte, ou si d'autres circonstances ne lui ont pas permis de réclamer dans le court délai que la loi lui accordait, si, d'ailleurs, il n'a pas approuvé la naissance de l'enfant, ses héritiers seront admis, à sa place, à proposer le désaveu. Car ce droit n'est pas un de ceux que la loi a exclusivement attaché à la personne. Elle l'attribue aussi aux héritiers, soit par la règle générale suivant laquelle des héritiers succèdent toujours aux droits de leur auteur excepté dans les cas où des règles spéciales ou formelles les en excluent, soit par les dispositions particulières des art. 317 et 318 sur le désaveu.

La loi nouvelle est plus favorable aux héritiers que l'ancienne jurisprudence. Autrefois les héritiers directs seuls étaient admis à agir en désaveu (1).

Aujourd'hui le Code ne fait aucune distinction entre les diverses classes d'héritiers. Collatéraux ou directs, ils ont tous le même droit. Mais ceux-ci doivent être écoutés avec plus de faveur et jugés moins sévèrement, selon les auteurs des Pandectes françaises. La justesse de cette observation dépend cependant des circonstances. Car si l'actio

(1) V. les auteurs des Pandectes françaises, sur l'art. 317 (311 dans leur ouvrage) et les autorités qu'ils citent.

frappait la mère des héritiers directs, ils seraient peu favorables les enfants qui attaqueraient ainsi l'honneur de leur mère.

728. Par le mot *héritiers*, on doit entendre tous ceux qui représentent le mari à titre universel, parce qu'ils sont *loco hæredis*, qu'ils ont les mêmes charges et qu'ils doivent avoir, par conséquent, les mêmes droits (1).

729. Delvincourt accorde l'action en désaveu, même aux légataires particuliers.

C'est étendre la faculté : c'est l'attribuer à tous ceux qui y ont intérêt, quoique la proposition en ait été repoussée au Conseil d'Etat. C'est ajouter à la loi qui n'accorde le droit qu'aux héritiers. Cette opinion est une erreur.

Elle n'est pas partagée par les autres auteurs (2).

Duranton l'adopte cependant relativement aux enfants nés après les 300 jours de la dissolution du mariage, ou qui étaient nés avant le 180me jour de la célébration et peut-être légitimés quoique étant le fruit de l'adultère. Mais dans ces deux cas, la question qui s'élève est moins une question de désaveu qu'une question de légitimité, et nous verrons bientôt que l'on ne doit pas confondre les deux actions.

Selon Duranton les donataires ou légataires universels ne peuvent agir que par voie d'exception, et qu'autant qu'ils sont troublés dans leur possession.

Mais s'ils représentent le défunt, s'ils sont à tous ses droits, si la loi les assimile à des héritiers naturels quant aux avantages généraux que leur titre leur attribue, pourquoi leur refuserait-on l'action directe?

D'ailleurs, elle peut leur être nécessaire pour obtenir la possession même du don ou du legs universel, l'enfant jouissant provisoirement de l'état d'enfant légitime, et ayant, par conséquent, la saisine légale des biens.

(1) V. les auteurs cités plus haut.

(2) V. Proudhon, t. 2, p. 51 ; Toullier, t. 2, n° 834 ; Duranton, t. 3, n°s 82 et 83.

Enfin, si le délai de l'action, délai très-restreint par les art. 316 et 317, expirait avant que la contestation fût en mouvement, il serait plus que douteux que le désaveu proposé par voie d'exception le fît revivre, et écartât la fin de non-recevoir. (V. le paragraphe suivant.)

Cependant les donataires ou légataires universels ne peuvent désavouer l'enfant ou contester sa légitimité, si leur intérêt ne le leur commande pas. Car, comme le fait observer avec justesse M. Duranton, les effets moraux, les conséquences éloignées de la famille appartiennent plutôt aux héritiers du sang, aux membres de cette famille, qu'à des étrangers qui n'ont de titres que dans les libéralités qu'ils ont reçues du défunt : si ces libéralités sont respectées par l'enfant, ils ne doivent pas être reçus à lui contester son état. Les héritiers du sang eux-mêmes ne devraient pas y être admis si le défunt avait disposé de tous ses biens, et qu'ils ne fussent pas héritiers à réserve.

En un mot, il n'en est pas des héritiers du mari, quel que soit leur titre, comme du mari lui-même ; celui-ci a un outrage à venger, un intérêt d'honneur à ménager; cet outrage, cet intérêt suffisent pour l'autoriser à agir en désaveu. Quant aux représentants du mari, leur action ne paraît, d'après la loi, avoir pour mesure ou pour mobile que leur intérêt matériel, puisque le délai de cette action ne court contr'eux que du jour où cet intérêt matériel est atteint ou menacé pour l'enfant, qui se met en possession du bien du mari ou qui les trouble dans la possession qu'ils en ont prise eux-mêmes.

On doit aussi reconnaître que l'action en désaveu n'appartient pas aux héritiers naturels qui ont renoncé à la succession. Ils ne représentent pas le défunt.

L'action en désaveu appartiendra-t-elle aux légataires à titre universel ?

Oui, selon les auteurs cités; et cette opinion paraît rationnelle ; les légataires à titre universel sont aussi assimilés

aux héritiers légitimes pour les droits comme pour les obligations.

M. Locré paraît d'un avis contraire, et le déduit de ce que l'art. 317 ne parle que des héritiers. « Ainsi, dit-il, le » légataire qui, ayant reçu plus que la portion disponible, » aurait intérêt à contester la légitimité de l'enfant, afin » d'échapper à la réduction, n'y serait pas admis.

» En effet, si une succession est une propriété qu'on » doit défendre, un legs est une pure libéralité à laquelle il » ne convient pas de sacrifier la tranquillité des enfants. »

Cette opinion, personnelle à M. Locré, n'est pas en harmonie avec celle que nous avons ci-dessus rappelée.

Elle ne paraît pas aussi conforme avec le sens indéfini de l'article 317 qui ne s'est pas servi d'une expression limitative, qui n'attribue pas l'action aux *héritiers légitimes* seulement, mais qui l'accorde aux *héritiers* en général, et par conséquent aux héritiers testamentaires ou contractuels comme aux héritiers naturels, et par conséquent aussi à tous ceux qui ont reçu du défunt un titre universel, soit par acte entre-vifs, soit par testament.

Car toutes ces personnes remplacent les héritiers naturels, *sunt loco hæredis;* elles sont, en droit, considérées comme héritières.

L'opinion de Locré ne serait vraie que pour les légataires ou donataires à titre particulier, parce que ceux-ci ne sont pas aux droits universels du défunt; et parce que la libéralité qui leur a été faite, ne suppose pas nécessairement dans le mari, la volonté de désavouer l'enfant, et peut se concilier avec la filiation légitime de celui-ci, que le père peut avoir voulu seulement grever d'une libéralité particulière, tandis qu'un don ou un legs universel ou à titre universel peut faire présumer que le père n'a pas cru à sa paternité, et que c'est dans cette pensée qu'il a disposé de ses biens à titre universel.

Mais quant aux légataires particuliers et aux créanciers

du mari, l'action en désaveu ne leur appartient pas. La leur accorder ce serait supposer qu'elle peut être exercée par tous ceux qui y ont intérêt, tandis que les dispositions formelles et exclusives des articles 316 et 317 du Code, et la discussion qui les a préparées restreignent le droit à la personne du mari et à celle de ses héritiers.

730. En l'absence du mari, ses héritiers présomptifs auront-ils qualité pour intenter l'action en désaveu?

La Cour de Toulouse a jugé deux fois que, même après avoir obtenu l'envoi en possession provisoire, des héritiers présomptifs ne pouvaient agir en désaveu contre l'enfant né de la femme depuis la déclaration d'absence, parce que, tant qu'il est possible que la faculté de désavouer soit exercée par le père, c'est un droit qui lui est personnel. Les arrêts sont du 14 juillet 1827 et du 29 décembre 1828 (1).

Ces décisions sont légales. Les héritiers présomptifs ne sont pas, même par l'envoi en possession provisoire, considérés comme héritiers définitifs. Leurs droits ne sont que provisoires, et subordonnés non-seulement au retour de l'absent, mais aussi à la preuve de son existence postérieure à l'envoi en possession provisoire. Cela est si vrai que, dans ce dernier cas aussi, les effets du jugement qui aurait déclaré l'absence cesseraient (Code civil, art. 131).

En sorte que si les nouvelles de l'existence avaient elles-mêmes cessé depuis, il faudrait une nouvelle déclaration d'absence et un second jugement d'envoi en possession qui n'accorderait la possession provisoire qu'à ceux qui seraient héritiers présomptifs au moment où les dernières nouvelles de l'existence seraient parvenues à la famille, quoique ces héritiers présomptifs ne fussent pas les mêmes personnes auxquelles aurait été attribuée la première possession provisoire.

On fera aussi observer que le droit des héritiers présomp-

(1) V. S., 28. 2. 202; et 29. 2. 157; v. aussi Dalloz jeune, t. 27. 2. 10 et 221.

tifs est considéré comme si peu absolu que l'épouse commune en biens, en optant pour la continuation de la communauté, pourrait empêcher l'envoi en possession provisoire et conserver par préférence l'administration des biens de son mari absent (Code c., v. art. 124.)

Enfin, on ajoutera que l'envoi en possession provisoire n'est qu'un dépôt. (Code, art 225.)

Comment de simples dépositaires seraient-ils admis à exercer une action aussi exorbitante que celle d'un désaveu?

La fin de non-recevoir serait encore plus caractérisée si l'enfant était né ou même légalement présumé conçu avant la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire. L'enfant pourrait, dans ce cas, contester à des parents collatéraux la qualité d'héritiers présomptifs, prétendre qu'il est, au contraire, lui-même l'héritier présomptif de l'absent, soutenir que ses qualités d'enfant légitime et d'héritier présomptif ne peuvent lui être contestées que par des personnes qui justifieraient d'un droit acquis et certain à l'hérédité de l'absent; que ce droit ne saurait exister en présence d'un enfant conçu ou né pendant le mariage; et que, pour faire disparaître cet obstacle et autoriser une action en désaveu, on ne peut préalablement supposer, dans ceux qui voudraient agir comme héritiers de l'absent, une qualité d'héritiers même présomptifs que la loi ne reconnaît pas tant qu'elle n'est pas reconnue ou prouvée par la non existence de tout successible en ligne directe.

731. M. Proudhon refuse aux héritiers du mari le désaveu pour cause d'adultère, quoique la grossesse ait été cachée. Il se fonde sur le motif que l'accusation d'adultère n'appartient qu'au mari qui peut même en faire cesser les effets. (Code civil, art. 309) (1).

Ce serait anéantir le droit dans les cas les plus fréquents,

(1) Proudhon, t. 2, p. 41-42.

et même dans tous les cas où l'enfant serait *conçu* pendant le mariage. Car si le mari n'est pas le père, la conception pendant le mariage est toujours adultérine.

Duranton combat avec succès cette opinion : 1° parce qu'il ne s'agit pas d'une accusation d'adultère, mais d'un désaveu dont l'adultère est un des éléments;

2° Parce qu'il n'est pas nécessaire, d'après la jurisprudence, que le fait d'adultère soit jugé avant que l'action en désaveu soit intentée (Voir les arrêts cités aux n° 699);

3° Parce que cette exception n'est pas écrite dans l'article 313, et que la faculté que cet article accorde n'étant pas restreinte, doit s'appliquer à tous les cas de désaveu (1).

732. Le désaveu n'est pas permis à la mère, parce que la maternité est toujours certaine et parce qu'elle ne pourrait le fonder que sur sa propre turpitude.

Les héritiers de la mère y sont également non-recevables. Ils ne peuvent avoir plus de droits, plus de faveur qu'elle-même (2).

733. L'enfant né dans le mariage, dont l'acte de naissance déclare la légitimité, et qui a une possession conforme à cet acte de naissance, ne peut, pour désavouer cette légitimité, invoquer l'impossibilité physique de cohabitation entre ses père et mère à l'époque de sa conception, argumenter d'une reconnaissance authentique qui lui attribuerait une naissance adultérine, et réclamer des aliments contre son prétendu père naturel.

Une telle action serait honteuse et illégale. Elle serait repoussée par les art. 316 et 317 du Code qui n'autorisent le désaveu que dans la bouche du mari ou de ses héritiers.

Elle le serait aussi par l'art. 322, suivant lequel nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre.

(1) Duranton, t. 3, n° 73.

(2) Locré, Esprit du Code civil, t. 5, p. 69; Dalloz aîné, Dictionnaire de jurisp., t. 8, p. 855, n° 3; Duranton, t. 3, n° 76.

Elle le serait, enfin, avec énergie par les principes de la morale publique qui s'indignerait d'une action attentatoire à l'honneur de la mère de celui qui réclamerait.

La Cour de Rouen, par arrêt du 6 juin 1820, a rejeté une semblable demande (1).

734. La morale publique était aussi vivement blessée par l'action exercée contre un enfant posthume par ses frères ou sœurs, qui, quoiqu'ils eussent le titre et la possession d'enfants légitimes, n'hésitaient pas à dénier le mariage de leurs père et mère, du vivant de l'un d'eux, pour ne se présenter à la succession de l'autre que comme enfants naturels reconnus, et pour écarter du partage le posthume qui n'était pas reconnu et qui ne représentait pas l'acte de mariage.

La Cour de Paris, par un arrêt du 6 juillet 1812, repoussa avec une juste sévérité cette action honteuse. Elle fonda un de ses motifs sur ce que les demandeurs n'attaquaient pas l'état de ceux de leurs frères ou sœurs qui n'avaient pas voulu concourir à leur demande; elle décida que l'état de tous les enfants était indivisible (2).

Nous examinerons quelques autres cas de fins de non-recevoir dans le paragraphe suivant.

---

§ III.

Délais dans lesquels l'action doit être intentée par le mari.

SOMMAIRE.

735. *L'ancien droit ne fixait pas de délai.*
736. *Le Code a rempli cette lacune, art.* 316.
737. *Motifs de la brièveté du délai d'un mois pour le mari présent sur les lieux.*
738. *Comment se calcule-t-il?*

(1) Dalloz jeune, t. 21. 2. 24; et Dict. de Dalloz aîné, t. 8, p. 583, n° 1.

(2) Voir l'arrêt dans le Journal de Denevers, t. 12. 2. 292; et dans le Dict. de Dalloz aîné, t. 8, p. 582.

739. *De l'interruption du délai de rigueur.*
740. *Qu'entend-on par ces mots :* Si le mari se trouve sur les lieux ; *et qu'entend-on par le mot* absent ?
741. *Délai de deux mois ; de quel jour court-il ?*
742. Quid *si la femme depuis l'accouchement a changé de résidence ?*
743. *De quel jour court le délai si la naissance a été cachée ?*
744. Quid *si l'acte de naissance est équivoque sur la mère ?*
745. *Délai accordé aux héritiers pour le désaveu, et de quel jour il court, art.* 317 ?
746. *Cas où l'enfant s'est mis en possession des biens. Premier cas à considérer pour le délai de deux mois.*
747. *Second cas pour le cours du délai de deux mois. Trouble aux héritiers par l'enfant.*
748. *La mise en possession des biens le fait courir.*
749. *Toute notification faite par l'enfant à l'héritier le fait aussi courir ; divers cas.*
750. *Le délai court aussi en faveur de l'enfant né plus de* 300 *jours après la dissolution du mariage.*
751. *Cependant différence entre le désaveu et la contestation de légitimé.*
752. *La contestation de légitimité peut être élevée par la mère et par ses héritiers.*
753. *Si ceux qui peuvent désavouer ou contester la légitimité, la reconnaissent tacitement ou expressément, ils perdent toute action.*
754. *Pendant l'instance, la possession provisoire des biens est due à celle des parties qui a le titre en sa faveur.*

735. La jurisprudence ancienne ne fixait pas de délai pour le désaveu ou la contestation de légitimité. C'était une fâcheuse lacune qui laissait dans une longue incertitude l'état de l'enfant dont la légitimité pouvait être contestée (1).

736. Le Code civil a réparé cette omission. Mais en fixant le délai de l'action, il était convenable de distinguer le désaveu fait par le mari de celui qu'exerceraient des héritiers.

« Le sentiment naturel du mari, qui a des motifs suffisants pour désavouer un enfant qu'il croit lui être étranger, est de le rejeter sur-le-champ de sa famille. Son devoir, l'ou-

(1) Arrêt de la Cour de Toulouse, du 28 juillet 1803; Dalloz aîné, Dict. de jurisp., t. 8, p. 556 ; et Denev., t. 2. 288.

trage qu'il a reçu, tout doit le porter à faire, immédiatement éclater sa plainte. S'il diffère, il s'entend appeler du nom de père, et son silence équivaut à un aveu formel en faveur de l'enfant : la qualité de père, qu'on a consenti une fois à porter, est irrévocable (1).

Le Code a donc dû établir des délais après lesquels le désaveu ne serait plus admis ; et ces délais, il a dû les graduer d'après les circonstances. L'art. 316 les détermine :

« Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, Art. 316.
» il devra le faire,

» Dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance
» de l'enfant ;

» Dans les deux mois après son retour, si, à la même
» époque, il est absent ;

» Dans les deux mois après la découverte de la fraude,
» si on lui avait caché la naissance de l'enfant. »

737. La brièveté du délai accordé au mari présent a été déterminée par les observations des Cours de Nancy et de Toulouse.

La Commission accordait un délai de six mois au mari qui se trouvait sur les lieux de la naissance de l'enfant (2).

Le délai d'un mois est suffisant pour un mari convaincu qu'il a été outragé. S'il hésite, c'est qu'il doute, c'est qu'il a des raisons de douter et qu'il craint d'être injuste. Et s'il n'a pas le sentiment profond des torts de son épouse, il ne faut pas qu'un trop long délai soit accordé à ses incertitudes, de crainte qu'une passion jalouse ne s'empare de lui et ne l'excite au désaveu.

Les incertitudes doivent profiter à l'enfant.

738. Le délai du mois doit s'entendre du mois entier sans y comprendre le jour de la naissance. Car il est de principe que le jour *à quo*, c'est-à-dire le jour à partir duquel le dé-

(1) Exposé des motifs ; Locré, Législ. civ. sur l'art. 316, commentaire 9, n° 14.

(2) V. Locré, Esprit du Code sur l'art. 316.

lai commence à courir ne doit pas être compté dans ce délai. Ce principe, qui a été admis dans tous les temps, écarte les nombreuses difficultés que ferait naître une règle contraire rigoureusement appliquée. Car il faudrait, pour compter avec une exactitude scrupuleuse, ne comprendre, pour le cas de désaveu par exemple, le jour du terme qu'à partir de l'heure de la naissance ; ce qui pourrait être fort difficile et fort incertain.

Le délai du mois se calcule, date par date, à compter du jour de la naissance, et sans examiner le nombre des jours du mois courant ; en un mot, conformément à la composition du mois dans le Calendrier Grégorien.

Ces deux modes de supputation sont admis par tous les auteurs et ont été consacrés par un grand nombre d'arrêts.

Ainsi, l'enfant étant né le 2 mars, le délai du désaveu pour le mari présent commencera le 3 mars et expirera à la dernière heure du 2 avril suivant.

Ce délai est absolu. Si dans son cours le désaveu n'est pas formé, l'action n'est plus recevable. Elle sera éteinte par une déchéance qui est une sorte de prescription.

739. Au reste, cette prescription pourra être interrompue par une citation, même par celle donnée devant un juge incompétent, comme le porte l'article 2246 dont la règle s'applique à toutes les espèces de prescriptions, aux prescriptions particulières et courtes comme à la prescription trentenaire ou décennale.

La citation en conciliation en matière de désaveu est-elle aussi interruptive de la prescription ?

La raison de douter est que la citation en conciliation est inutile dans une semblable cause, puisqu'elle intéresse l'enfant mineur contre qui la demande est formée, et puisqu'elle tient aussi à l'ordre public comme question d'état, et que, sous ce second rapport aussi, il ne peut y avoir de conciliation. (V. l'art. 49 du Code de procédure.)

La raison de décider est que dans les causes même pour

lesquelles l'on est dispensé du préliminaire de conciliation, la loi ne l'interdit pas; que par conséquent on peut l'employer; et que si on l'emploie, il doit valoir au moins pour interrompre la prescription commencée, conformément à l'article 2245. Car la disposition de cet article est générale; elle n'est pas limitée par sa lettre aux cas auxquels la tentative de conciliation serait prescrite.

La citation en conciliation devrait aussi opérer cet effet, comme ayant été donnée en quelque sorte devant un juge incompétent. (C. c., art. 2245.)

D'ailleurs, si la citation en conciliation avait été donnée dans le mois de la naissance de l'enfant et si elle avait été suivie dans le mois de sa date d'un ajournement devant le tribunal auquel appartiendrait le jugement du désaveu, la citation équivaudrait à l'acte extrajudiciaire contenant le désaveu, dont parle l'art. 318; l'action en justice formée dans le mois suivant régulariserait tout; et le désaveu ne pourrait être écarté par une fin de non-recevoir.

La Cour de Poitiers d'abord, et ensuite la Cour de cassation, qui a rejeté, le 9 novembre 1809, le pourvoi exercé contre l'arrêt de Poitiers, ont décidé que l'art. 2245 s'appliquait à une action en désaveu, quoique cette action ne fût pas nécessairement soumise au préalable de la conciliation (1).

Duranton et Dalloz aîné doutent de la légalité de ces décisions. Nous ne partageons pas ce doute (2).

Dans tous les cas où le mari a le droit d'agir en désaveu, le délai fixé par la loi ne court contre lui que du jour où il ne peut douter que la paternité lui soit attribuée par l'acte de naissance de l'enfant : il n'a pas de désaveu à former si l'acte de naissance est équivoque. Le scandale d'une telle

(1) V. l'arrêt au Journal de Sirey, t. 10. 1. 77; et dans celui de Denevers, 7. 1. 489.

(2) Duranton, t. 3, p. 88, n° 93; Dalloz aîné, Dict., t. 8. p. 585, n° 11.

action ne permet pas que le mari l'intente sans qu'elle soit d'une absolue nécessité. La Cour de Rouen a jugé suivant ce principe, par arrêt du 5 mars 1828, qu'une action en rectification d'un acte de naissance, signifié par l'enfant au mari de sa mère, ne faisait pas courir le délai du désaveu, lorsque l'acte de naissance déclarait que l'enfant était né d'un *père inconnu* et qu'il ne désignait pas la mère de manière à la faire clairement connaître comme l'épouse du père réclamé.

Dans l'espèce de l'arrêt, la mère, épouse du sieur Lecellier, s'appelait *Suzanne Migeon*. En l'absence de son mari, qui était militaire et à l'armée, elle s'était accouchée d'un fils qui, dans l'acte de naissance, du 21 germinal an 6, avait été nommé Auguste-Rose-Vincent et que l'on y avait déclaré fils de *Rose-Suzanne Migeon et d'un père inconnu*.

Or, l'épouse Lecellier avait précisément une sœur nommée *Rose-Suzanne* Migeon.

En 1817, le mineur Vincent, alors émancipé, forma contre le sieur Lecellier une demande en rectification de son acte de naissance et en déclaration de légitimité. Cette demande fut abandonnée par le mineur Vincent sur une exception d'incompétence.

En 1826, après la mort du sieur Lecellier, Vincent s'est présenté pour recueillir sa succession en se prétendant enfant légitime du défunt.

Les héritiers du défunt lui répondirent par une action en désaveu qu'il voulut écarter comme tardive.

On lui opposa que l'acte de naissance ne démontrait pas l'identité de sa mère avec l'époux Lecellier, et que cette identité n'était établie que par de nouvelles pièces produites au procès.

Ce moyen fut accueilli, la fin non-recevoir écartée, et au fond la réclamation rejetée.

Cette décision était conforme aux principes.

Aussi le pourvoi contre l'arrêt a-t-il été repoussé par la Cour de cassation le 25 janvier 1831 (1).

740. Si le mari est absent au moment de la naissance de l'enfant, la loi lui accorde deux mois de délai au lieu d'un, après son retour, pour former le désaveu.

Cette augmentation de délai a paru nécessaire pour donner au mari le temps de s'instruire du fait, d'en découvrir les circonstances, de réfléchir sur ce qu'il aurait à faire, de prendre enfin une détermination, et d'agir.

Ce délai pourrait même être trop court dans certains cas, si, par exemple, le mari avait été long-temps absent, s'il n'avait pu ni donner ni recevoir des nouvelles, s'il revenait ignorant absolument tout ce qui s'était passé.

Quoique la naissance n'eût pas été clandestine, que l'acte désignât le mari comme père, la femme pouvait avoir depuis changé de domicile, sans avoir éloigné d'elle l'enfant pour son éducation, et avoir laissé ignorer son existence dans le lieu où elle était venue résider.

Ces prévisions avaient fait considérer comme trop court le délai de deux mois, et il avait été porté à huit par la Commission.

Les Cours de Nancy et de Toulouse demandèrent qu'on l'abrégeât dans l'intérêt de l'enfant dont le sort ne saurait être trop tôt fixé.

Si cependant les circonstances prouvaient l'insuffisance de ce délai, si des précautions avaient été prises par la mère pour que l'existence de l'enfant fût ignorée du mari quoique l'accouchement de la mère n'eût pas été clandestin, si, par exemple, la longue absence du mari, le changement de résidence de la mère, l'éloignement du fils au retour de l'époux, et d'autres faits semblables autorisaient à croire que celui-ci a été dans l'impossibilité morale de découvrir la naissance de l'enfant et son existence, le

(1) Voir les deux arrêts dans le Journal de Sirey, t. 28. 2. 145; et 31. 1. 81.

délai de deux mois devrait être prolongé, ou plutôt on devrait considérer la naissance comme ayant été cachée au mari; celui-ci devrait être placé dans le troisième cas prévu par l'art. 316, et avoir deux mois de délai pour agir, à compter de la découverte de la fraude.

Une difficulté peut se présenter sur le sens du mot *absent*, employé par la loi dans le second paragraphe de l'art. 316.

Doit-il s'entendre de l'absence déclarée, ou seulement de l'absence présumée ou même d'un simple éloignement du lieu de la naissance de l'enfant.

L'esprit de la règle en commande évidemment l'application au cas d'absence seulement présumée comme au cas d'absence déclarée. Car lorsque le mari est éloigné de son domicile ordinaire, qu'on n'en sait aucune nouvelle, qu'il a abandonné son épouse, sa famille, ses biens, les doutes, qui s'élèvent naturellement contre la légitimité de l'enfant né pendant son éloignement, sont aussi graves que si l'absence avait été légalement déclarée.

Mais il y a plus; lors même qu'il n'y aurait pas absence présumée, et quoique l'époux donnât souvent de ses nouvelles, son simple éloignement du lieu de la naissance, s'il s'était prolongé pendant quelque temps à l'époque de la naissance, et avant comme après, devrait le faire considérer comme absent dans le sens que la loi attache à ce mot.

C'est ce qu'indique le but que s'est proposé le législateur, c'est ce que démontre la comparaison de l'article 312 avec l'article 316, et des deux premiers paragraphes de ce dernier article entr'eux.

Le législateur a voulu accorder au mari un temps suffisant pour connaître le fait de la naissance et pour faire éclater son indignation par un désaveu.

Or, si le mari est éloigné de la résidence de son épouse au moment de l'accouchement, quoique le lieu où il se trouve soit connu, il est vraisemblable qu'il ignorera une naissance qu'une épouse coupable aura eu intérêt à lui ca-

cher. Cela est possible au moins. Car comment en aurait-il été instruit, si surtout il avait été confiant et si, ne soupçonnant pas le fait, il n'avait pas cherché à le connaître? Comment aussi un mois pourrait-il suffire, même si pendant son éloignement il apprenait la naissance, pour revenir, la vérifier, s'en plaindre et la désavouer?

Accorder au mari un droit aussi grave et en rendre, par la brièveté du délai, l'exercice impossible, eût été un jeu cruel dont la sagesse et la dignité du législateur repoussent la pensée.

Elle est également écartée par la combinaison des diverses parties de la loi.

Dans l'art. 312, le législateur a autorisé le désaveu si, *pour cause d'éloignement*, il y a eu impossibilité physique de cohabitation.

Ce cas est un de ceux auxquels s'applique l'art. 316 dans lequel la rédaction a employé le mot *absent*.

Ce rapprochement démontre que, dans l'intention du législateur, les expressions *éloignement*, *absence*, ont eu le même sens, et que, par l'une comme par l'autre, il a entendu dire la *non présence* du mari au lieu de la résidence de la femme, au moment de la conception et à celui de la naissance.

Car, comment supposer que le législateur eût été moins exigeant pour la preuve de l'impossibilité physique de cohabitation dans le premier cas, que pour celle de l'ignorance du mari dans le second, et qu'un simple éloignement lui eût paru suffisant dans l'un, tandis que dans l'autre, une absence, au moins légalement présumée, lui eût paru nécessaire?

Au reste, la combinaison des deux premiers paragraphes de l'art. 316 dissipe tous les doutes.

Dans le premier paragraphe, le délai du désaveu n'est restreint à un mois, que *si le mari se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant*.

Donc, s'il *ne se trouve pas sur les lieux*, ce faible délai ne peut pas lui être opposé.

Donc, on ne peut lui appliquer alors que le délai de deux mois, fixé par le paragraphe suivant.

Donc, ces mots, *s'il est absent*, signifient *s'il n'est pas sur les lieux* (1).

M. Locré, sur cet article, s'est demandé quels étaient ces lieux, si c'était la commune, le canton, le département?

Il remarque que l'article ne dit pas *le lieu*, ce qui eût présenté un sens très-restrictif, et eût indiqué seulement la commune; mais qu'il dit, *sur les lieux*, expressions plus vagues, plus générales qui doivent s'entendre des endroits voisins du lieu de l'accouchement et de la naissance, où l'on doit être facilement instruit, par la multiplicité des rapports et la fréquence des communications, de ce qui se passe dans cette dernière localité, et qui ne se prête pas, en un mot, par sa distance ni par sa position, à l'idée de l'*éloignement* du mari.

Il était impossible de donner aux juges, sur ce point, une règle précise et absolue. On devait donc se borner à poser le principe qui les avertît qu'un délai de deux mois devait être accordé au mari, lorsqu'il paraissait moralement impossible qu'il eût connu l'accouchement et la naissance. Mais l'appréciation des circonstances propres à faire présumer cette impossibilité, devait être abandonnée à leur discrétion et à leur justice (2).

741. Le délai de deux mois ne court que du jour où le mari est de retour dans le lieu de la naissance de l'enfant, ou du domicile conjugal, parce que c'est de ce jour-là seulement qu'il a été dans la position d'apprendre le fait qu'il était intéressé à connaître. La Cour de Paris l'a jugé ainsi pour un mari absent du territoire français. Son retour sur le ter-

(1) Locré, Esprit du Code sur l'art. 316.
(2) Locré, *loco citato*.

ritoire ne lui a pas paru donner cours au délai. L'arrêt est du 9 août 1813 (1).

742. Lorsque la naissance de l'enfant a été cachée, le délai ne court qu'à compter de la découverte de la fraude.

Cela est rationnel. Celui qui ignore ne peut approuver.

« Le délai, dans ce troisième cas, est aussi de deux mois, » parce qu'il est juste de donner au père, après que le fait » est parvenu à sa connaissance, le temps de prendre des » renseignements. Car il voudra sans doute ne faire éclat » qu'après s'être parfaitement convaincu (2). »

Mais quel sera le moment où la fraude sera censée découverte?

C'est ici une question de fait qui ne pourra être éclairée que par des dépositions de témoins, ou par des circonstances qui établiraient la connaissance qu'a eue le mari de la maternité de sa femme.

La preuve serait à la charge de l'enfant désavoué et de sa mère.

743. Si l'acte de naissance de l'enfant désignait clairement l'épouse comme mère, cette désignation suffirait pour attribuer la paternité au mari, quoiqu'il n'y fût pas nommé, quoique la paternité fût dans l'acte attribué à un autre. Car une énonciation illégale cède au principe formel, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

Ainsi, dans ce cas, dès l'instant où l'acte de naissance serait connu du père, il y aurait pour lui découverte de la fraude, et le délai de deux mois courrait contre le désaveu.

744. Mais si l'acte de naissance était équivoque sur la désignation de la mère, le mari serait autorisé à soutenir que la connaissance de cet acte ne lui avait rien appris; que des énonciations équivoques n'avaient pas dû détruire sa con-

(1) Voir le Journal de Sirey, 13. 2. 310.

(2) Observat. du consul Cambacères, p. v. du 14 brumaire an 10; v. législat. de Locré, sur l'art 316, commentaire 1, n° 23.

fiance dans la fidélité de son épouse, et qu'il n'avait pas dû hasarder sur de vagues indices, l'éclat scandaleux et affligeant d'un désaveu peut-être inutile.

Les héritiers du mari seraient fondés à tenir le même langage.

Ce cas est celui des arrêts des 5 mars 1828 et 25 janvier 1831, que nous avons cités plus haut.

745. Si le mari meurt sans avoir fait le désaveu, mais étant encore dans le délai de le faire, son droit passe à ses héritiers auxquels la loi accorde un nouveau délai.

C'est ce que porte l'article 317 :

Art. 317. « Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession. »

Nous avons examiné dans le paragraphe précédent quelles étaient les personnes que l'on devait considérer comme héritiers. Nous n'avons à nous occuper dans celui-ci que du délai de l'action, c'est-à-dire de la durée du délai et du moment où il prend cours.

Sa durée est de deux mois entiers, sans y comprendre le temps qui aurait couru sur la tête du mari.

La Section de législation n'accordait aux héritiers que le reste du délai qu'aurait eu le mari.

Mais le reste de ce délai pouvait être fort court.

L'héritier pouvait n'être pas immédiatement instruit du décès du mari.

Il lui fallait du temps pour connaître les faits et recueillir des preuves qui devaient être moins faciles pour lui que pour le mari.

Limiter ainsi l'exercice de l'action de l'héritier, c'eût été le plus souvent le priver du droit.

Au reste, l'action de l'héritier ne devait pas être excitée

par les mêmes causes que celle du mari. Il n'avait pas d'outrage direct à venger, de paternité personnelle à repousser. Son seul mobile devait être des intérêts à défendre. Le délai de son action ne devait donc courir que du jour où ses intérêts seraient menacés, compromis.

Ces considérations développées dans plusieurs séances déterminèrent, après quelque hésitation et d'assez longues discussions, à accorder à l'héritier un nouveau délai distinct et indépendant de celui qu'avait le mari.

Mais de même que le temps qui s'est écoulé sur le délai du mari pendant sa vie, ne doit pas être imputé sur celui conféré à l'héritier, de même aussi l'héritier ne peut cumuler le reste du délai qu'avait le mari avec celui qui lui appartient (1).

746. La durée de ce délai est de deux mois qui courent du jour où les intérêts de l'héritier lui commandent de contester l'état de l'enfant.

Deux cas différents peuvent se rencontrer :

L'un, celui où l'enfant est en possession de l'état d'enfant légitime né du mariage, et où il s'est mis en jouissance des biens du mari aussitôt après le décès de celui-ci.

L'autre, celui où, sa naissance ayant été cachée, il ne jouit pas de son état.

Dans le premier cas le délai pourrait être considéré comme trop court, puisqu'il le serait plus que celui accordé par la loi à tout héritier qui, d'après l'art. 795 du Code civil, a trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer.

Il eût été peut-être convenable de mettre en harmonie les dispositions de l'art. 317 avec celles de l'art. 795. Il est vrai que ce dernier article n'est devenu loi que 27 jours plus tard. Mais tout le projet était alors rédigé ; et même la rédaction définitive de la loi sur les successions avait été arrêtée

(1) V. Locré, Esprit du Code civil, sur l'art. 317, t. 5, p. 79 et suiv.

presque à la même époque que celle sur la filiation, et longtemps avant que l'une et l'autre fussent décrétées. On pouvait, d'ailleurs, prévoir que les délais accordés par le droit ancien à l'héritier pour faire inventaire et délibérer seraient maintenus. Il eût donc été facile de tout concilier.

Mais on craignit de laisser l'état de l'enfant trop longtemps incertain, et le délai fut abrégé.

Le délai de deux mois est de rigueur pour les héritiers, du jour où l'enfant s'est mis en possession des biens, soit qu'il les possède lui-même, soit qu'un tuteur les possède pour lui. Cette possession, qui ne peut être dissimulée puisqu'elle est publique, avertit hautement les héritiers présomptifs du défunt des prétentions de l'enfant. Ils doivent donc réclamer contre ces prétentions, s'ils veulent éviter d'être déchus de leurs droits.

Remarquons que pour produire la déchéance il ne suffirait pas que l'acte de naissance de l'enfant lui donnât l'état d'enfant légitime; il ne suffirait pas davantage que, dans la famille de la mère et parmi les personnes qui l'entoureraient, l'enfant fût regardé et traité comme légitime.

L'acte de naissance peut n'être pas connu des héritiers du mari, et ils ne sont pas obligés de le rechercher.

Les autres faits peuvent aussi être ignorés par eux, et il ne leur est pas prescrit de s'en informer.

Ils n'ont qu'une seule chose à examiner, c'est le fait de la possession des biens.

Si l'enfant les possède ils doivent vérifier à quel titre; et s'ils découvrent que c'est comme né du mariage, comme enfant légitime du mari, ils doivent agir avant l'expiration du délai de rigueur qu'a posé l'art. 317.

Nous disons que, si l'enfant possède les biens de la succession du mari, les héritiers de celui-ci doivent vérifier à quel titre cette possession est faite.

Car si la base de cette possession était un titre étranger à la paternité du mari, un titre précaire, par exemple

comme fermier, en un mot un titre étranger à la qualité d'enfant légitime du défunt, cette possession, qui ne serait pas en contradiction avec les droits des héritiers, ne ferait pas courir le délai. C'est ce que pense M. Dalloz aîné. Cette opinion est conforme à l'esprit de la loi. Elle nous paraît juste.

747. Dans le second cas dont nous avons parlé, celui par exemple où, la naissance ayant été cachée, l'enfant ne jouit pas de l'état d'enfant légitime, le délai du désaveu ne court contre les héritiers du mari que du jour où ils sont troublés par l'enfant dans leur qualité d'héritiers ou dans la possession des biens héréditaires qu'ils ont prise eux-mêmes en cette qualité.

748. Ce trouble peut être exercé par un acte ou par un fait.

Par un acte si l'enfant notifie aux héritiers son acte de naissance en se prétendant fils légitime du mari comme étant né de l'épouse et ayant été conçu pendant le mariage ;

Par un fait si cet enfant se mettait long-temps, même après le décès du mari, en possession des biens que celui-ci aurait laissés, soit que les héritiers eussent négligé de prendre eux-mêmes cette possession, soit qu'ils s'en laissassent dépouiller.

Cette mise en possession de fait, que l'enfant fonderait sur l'allégation de sa filiation légitime, mettrait les héritiers dans la nécessité de se pourvoir en désaveu, ou, ce qui serait la même chose, de contester la légitimité prétendue.

Il est évident que dans les deux cas il y aurait trouble.

La notification aux héritiers de la prétention de l'enfant avait même été proposée par la Section de législation comme moyen de faire courir le délai accordé à ceux-ci par la loi.

La proposition ne fut cependant pas maintenue.

Mais pourquoi ?

Parce qu'elle parut annoncer, de la part de l'enfant, un doute qu'il ne doit pas avoir, puisqu'on lui suppose la conviction intime de sa légitimité.

Le Tribunat proposa même une rédaction directement

contraire, d'après laquelle les héritiers n'auraient eu que *deux mois pour désavouer, à compter du jour où la mort du mari leur aurait été connue, ou si, à cette époque, ils avaient ignoré la naissance de l'enfant, à compter du jour où ils auraient acquis cette connaissance.*

La seconde proposition ne fut pas aussi adoptée. On préféra à l'une et à l'autre la disposition de l'art. 317, comme embrassant les deux cas dont il a été parlé sur la position de l'enfant, et s'attachant à des circonstances que, dans aucun de ces cas, les héritiers ne peuvent pas être supposés ignorer.

« Ainsi, conclut M. Locré, l'article fait courir le délai » contre les héritiers demandeurs du jour où l'enfant s'est » mis en possession de la succession, et contre les héritiers » défendeurs, du jour où il l'a réclamée (1). »

749. Cet historique prouve que la notification, faite par l'enfant ou par son tuteur aux héritiers du mari contre lesquels il élève ses prétentions à l'hérédité, fait courir le délai du désaveu et produit la déchéance de ces héritiers, s'ils ne contestent pas la légitimité dans les deux mois.

Cette doctrine a été consacrée par la jurisprudence, notamment par un arrêt de la Cour de cassation, du 21 mai 1817, qui décide que tout acte judiciaire ou extrajudiciaire, dans lequel l'enfant ou son tuteur notifie aux héritiers du mari ses prétentions à la légitimité, constitue le trouble exigé par l'art. 317 du Code civil, pour faire courir le délai de l'action en désaveu (2).

L'arrêt est d'autant plus remarquable qu'il casse un arrêt de la Cour de Rouen qui avait jugé, le 2 mai 1815, que, pour faire courir le délai de deux mois, la notification, par acte extrajudiciaire, de la prétention de l'enfant, ne suffisait pas; qu'il fallait encore qu'il y eût trouble dans la posses-

(1) V. Locré, *loco citato*, p. 85, 86.

(2) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 17. 1. 251, et dans celui de Dalloz, t. 15. 1. 459.

sion des biens du mari, ou qu'une demande directe eût été formée par l'enfant ou en son nom (1).

La Cour de cassation a aussi jugé, le 31 décembre 1834, que la demande en rectification d'un acte de naissance, suivie d'un exploit au détenteur des biens, et contenant déclaration expresse que la demande avait pour but de réclamer plus tard l'hérédité paternelle, constituait un trouble qui exigeait un désaveu de la part du défendeur dans le délai fixé par l'art. 317 (2).

Le trouble est aussi produit par la signification à l'héritier détenteur des biens de la succession du mari, d'un jugement de rectification de l'acte de naissance d'un enfant né de l'épouse et conçu pendant le mariage. (Arrêt du 5 février 1836; S., 36. 2. 299.)

750. Remarquons que la fin de non-recevoir, prononcée contre les héritiers du mari par l'art. 317, peut être invoquée même par l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage.

Car quoique la naissance tardive de l'enfant ne lui permette pas de se placer sous la protection de la règle écrite dans l'art. 312 qui déclare le mari père de l'enfant conçu pendant le mariage, cependant, s'il réclame l'état d'enfant légitime né du mari, si surtout son acte de naissance lui donne ce titre, les héritiers du mari ne pourront l'écarter qu'en contestant sa légitimité; et cette contestation devra être soulevée dans le délai prescrit par l'art. 317, article qui ne fait aucune distinction, quant au délai qu'il prescrit et la déchéance qu'il prononce, entre le désaveu proprement dit et la contestation de légitimité qui, sous une autre dénomination, est également un désaveu pour un cas particulier.

La fin de non-recevoir a été appliquée à ce cas par un arrêt de la Cour d'Agen, du 28 mai 1821 (3).

(1) V. l'arrêt, même Journal de Sirey, 16. 2. 364.
(2) Journal de Dalloz, 35. 1. 5; S., 35. 1. 545.
(3) Sirey, 22. 2. 318.

751. Cependant, on pourrait douter de l'exactitude légale de cet arrêt. Car le désaveu, proprement dit, et la contestation de légitimité ne se présentent pas dans les mêmes circonstances, et n'ont pas le même caractère.

Le désaveu suppose que l'enfant est en possession de l'état de fils légitime; que son acte de naissance le désigne comme fils du mari; qu'il constate, au moins, qu'il est né de l'épouse de celui-ci, ce qui produit en sa faveur une présomption légale de légitimité, suivant la maxime : *Pater is est quem demonstrant.*

La contestation de légitimité, au contraire a lieu lorsque l'enfant recherche un état que son acte de naissance ne lui attribue pas, lorsque dans l'acte le mari n'est pas désigné comme son père, ou au moins lorsque l'épouse du mari n'y est pas indiquée comme sa mère, ou même lorsque sa naissance arrive à une époque qui ne permet plus d'admettre en sa faveur la présomption de paternité légitime, par exemple lorsqu'il est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage. Car, dans le dernier cas, d'après le terme légalement déterminé de la plus longue durée de la grossesse, l'enfant n'est pas présumé avoir été conçu pendant le mariage.

Le désaveu a pour but de priver un enfant de l'état dont il jouit.

La contestation de légitimité s'élève seulement pour refuser à l'enfant un état qu'il réclame.

Aussi, c'est au désaveu que doivent être appliquées les dispositions des articles 316 et 317 qui n'accordent l'action qu'au mari ou à ses héritiers, et qui la refusent aux autres personnes qui peuvent y avoir intérêt, même à la mère et aux héritiers de celle-ci.

752. Quant à la contestation de légitimité, elle doit appartenir à tous ceux qui sont troublés dans leurs droits, dans leur possession, par un enfant qui, dans le trouble qu'il leur cause, s'appuie sur un état que son acte de naissance ne lui attribue pas, qui ne lui est pas reconnu, et dont il n'est pas saisi.

Cette dernière action peut donc être intentée par toutes personnes qui y sont intéressées. La mère elle-même en a le droit, si, n'étant pas désignée dans l'acte de naissance, l'enfant se prétend né d'elle pendant le mariage. Car il y aurait une absurde injustice à refuser à une femme mariée la faculté de repousser une fausse maternité qui la déshonorerait en avilissant son mari.

Elle en aurait aussi le droit, lors même qu'elle serait réellement mère, si la naissance de l'enfant était postérieure au 300me jour de la dissolution du mariage, et si sa conscience lui commandait de ne pas introduire cet enfant dans une famille qui lui serait réellement étrangère.

Dans les deux cas, le droit de la femme passe à ses héritiers, à moins qu'elle n'y ait renoncé elle-même en reconnaissant l'enfant comme né d'elle et comme légitime.

Remarquons même que la reconnaissance de la mère ne pourrait nuire à ses héritiers naturels que dans le premier cas, savoir si l'enfant était sans nul doute conçu ou né pendant le mariage.

Mais il serait douteux que cette reconnaissance de légitimité, appliquée à un enfant né plus de 300 jours après le mariage, pût être opposée à ses héritiers directs ou collatéraux. Car l'aveu de la mère ne peut créer à leur préjudice une légitimité que repousse la présomption légale de l'époque de la conception (1).

753. Dans les divers cas où la loi accorde aux héritiers l'action en désaveu ou en contestation de légitimité, si ces héritiers reconnaissent la légitimité, soit expressément par une déclaration formelle, soit tacitement en traitant avec lui comme enfant légitime, ils perdent absolument tout droit de contester à l'avenir cette légitimité. L'état de l'enfant ne peut varier à leur égard; il est définitivement fixé pour eux.

(1) V. sur ces questions Proudhon, t. 2, p. 29 et suiv.; Duranton, t. 3, nos 75 et 79; Toullier, t. 2, no 835 et suiv.

Ils diraient en vain que l'état des citoyens tient à l'ordre public, qu'il intéresse la société entière, et qu'ils n'ont pu, par une erreur depuis reconnue, attribuer à l'enfant un état qui ne lui appartenait pas.

On leur répondrait avec avantage qu'ils ne peuvent être plus favorablement traités que le mari, que l'épouse, et qu'une fin de non-recevoir, décisive pour ceux-ci, ne saurait être illusoire pour eux ;

Que, d'ailleurs, leur aveu, tacite ou exprimé, de la légitimité de l'enfant, n'est que la reconnaissance d'un fait, et que ce fait ne peut varier au gré de leurs caprices ;

Enfin, que l'action en désaveu ou en contestation de légitimité n'est pour eux qu'une action d'intérêt privé, et qu'ils ont pu renoncer à cet intérêt ; qu'ils auraient pu y renoncer même tacitement en négligeant d'agir dans le délai prescrit par la loi ; qu'à plus forte raison, ils ont pu l'abandonner par un acquiescement formel.

C'est aussi ce qu'a décidé la Cour de cassation, par arrêt du 13 avril 1820 (1).

Par application de cette doctrine, la Cour de Montpellier a depuis décidé que le parent, qui avait concouru aux opérations du conseil de famille faites dans l'intérêt d'un enfant considéré comme légitime, n'était pas recevable plus tard à lui contester sa légitimité. L'arrêt est du 4 février 1824 (2).

Mais si certains des héritiers seulement avaient abandonné leurs droits, les autres n'en seraient néanmoins pas privés ; car s'il y a plusieurs héritiers ou ayants-droit, leurs actions et leurs exceptions se divisent comme leurs intérêts (3).

On remarquera que le délai accordé aux héritiers est, dans le cas de contestation de légitimité, le même que dans celui de désaveu. L'art. 317 ne fait aucune distinction entre les deux cas, comme l'a jugé la Cour d'Agen, par l'arrêt du

(1) Sirey, 21. 1. 8. ; D., 18. 1. 477.
(2) Dalloz aîné, t. 8, p. 854 ; Dalloz jeune, périodique, 24. 2. 292.
(3) Duranton, t. 3, n° 101.

28 mai 1821. Ce délai court, pour chaque héritier, du jour où ses droits sont menacés ou troublés.

Cela est au moins dangereux, et il ne faut pas s'exposer à une fin de non-recevoir.

754. Pendant l'instance, la provision est due au titre, c'est-à-dire que si l'enfant a en sa faveur le titre de légitime, la jouissance provisoire des biens lui est dévolue; s'il n'a pas de titre, la possession provisoire doit être attribuée aux héritiers naturels.

---

§ IV.

De la forme du désaveu et de ses effets.

SOMMAIRE.

755. *Dans l'ancien droit il n'y avait pas de forme spéciale pour le désaveu.*
756. *Règles actuelles consignées dans l'article* 318 *et trois dispositions à y observer.*
757. *But de l'acte extrajudiciaire dont on y parle.*
758. *Sa péremption n'entraîne pas celle de l'action, si le délai principal n'est pas expiré.*
759. *Règles du droit romain et de l'ancien droit français.*
760. *Contre qui doit être aujourd'hui formée l'action?*
761. *Comment se nomme le tuteur* ad hoc?
762. Quid *si l'enfant est majeur ou émancipé?*
763. *Il n'y a pas de délai de rigueur pour mettre la mère en cause.*
764. *Théorie des auteurs des Pandectes françaises et réfutation.*
765. *Les causes de désaveu sont communicables.*
766. *Effet des jugements ou arrêts définitifs.*

755. Nous avons dit au commencement du chapitre précédent, que la jurisprudence ancienne ne fixait pas de délai pour les actions en désaveu, en sorte que la perte de ces sortes d'actions n'était acquise que par les délais et les conditions qui produisent l'extinction de tous les droits en général.

Il n'y avait aussi autrefois aucune forme spéciale pour le désaveu ou la contestation de légitimité ; des demandes principales, des demandes incidentes étaient également valables.

756. Il en est de même aujourd'hui.

L'article 318 du Code civil parle d'un acte extrajudiciaire contenant le désaveu.

Mais cet acte, qui était aussi permis dans l'ancien droit, ne tient pas lieu de la demande judiciaire, et, s'il n'en était pas suivi dans un court délai, le désaveu annoncé deviendrait non-recevable malgré cette précaution.

C'est ce que déclare l'article 318 :

Art. 318. « Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de » la part du mari ou de ses héritiers, sera comme non » avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une » action en justice, dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné » à l'enfant, et en présence de la mère. »

On remarque dans cet article trois dispositions à observer :

Le délai d'un mois, dans lequel depuis l'acte extrajudiciaire doit être formée l'action en désaveu ;

La nécessité de diriger l'action contre un tuteur *ad hoc* ;

Celle de la présence de la mère dans l'instance en désaveu.

757. La première disposition nous fait connaître que l'acte extrajudiciaire annonce l'action en désaveu, mais ne le remplace pas, et que, s'il n'est pas suivi dans le délai qu'il prescrit, d'une demande portée devant les tribunaux, le droit est éteint.

Quel est donc le but de cet acte préliminaire ?

Celui d'augmenter le délai fixé par les acticles précédents. Il ne peut être, en effet d'aucune autre utilité puisqu'il ne dispense pas de l'action en justice.

Mais il peut arriver que le délai d'un mois accordé au mari, celui de deux mois qu'ont les héritiers, soient sur le point d'expirer, et qu'il ne leur reste pas assez de temps pour faire nommer un tuteur spécial à l'enfant, et pour former

leur action ; l'acte extrajudiciaire vient alors à leur secours et leur attribue un mois de plus de délai (1).

Car on ne doit pas confondre ce délai avec celui dont parlent les articles précédents. C'est un délai distinct ; c'est un délai nouveau. Cela est indiqué par les expressions de l'article, et démontré par la discussion qui l'a préparé.

La Cour de cassation voulait que « la poursuite eût lieu avant l'expiration du terme accordé pour la réclamation. »

C'eût été trop raccourcir le terme. On a donc séparé les deux délais (2).

758. L'article exige que l'action en justice soit formée dans le mois de l'acte extrajudiciaire, sinon cet acte *sera comme non avenu*.

Mais il n'ajoute pas que l'action judiciaire sera dès-lors non-recevable.

On doit conclure de là que c'est l'acte extrajudiciaire seul qui doit demeurer sans effet, et que l'action en désaveu peut encore être exercée si le délai déterminé par les art. 316 et 317, n'est pas complètement expiré. Tel est l'esprit de la loi, esprit que signale la lettre et qui a été reconnu au Conseil d'État (3).

C'est aussi ce qu'a jugé la Cour de cassation, par arrêt du 4 avril 1837 (4).

Nous ferons observer que l'art. 318 ne prescrit pas de notifier à un tuteur *ad hoc* l'acte extrajudiciaire de désaveu. On pourra donc le notifier au tuteur ordinaire qui, comme administrateur de la personne du mineur, le représente dans tous les cas où la loi ne dit pas le contraire.

M. Duranton pense qu'il est inutile de notifier ce désaveu par acte extrajudiciaire ; que la loi eût exigé la notification si elle l'eût voulu ; que le désaveu peut être fait même par

(1) Toullier, t. 2, n° 841.
(2) Esprit du Code civil, t. 5, p. 88 ; Toullier, t. 2, n° 841.
(3) Locré, *ibid*, p. 87 ; Législation civile, commentaire 10, n° 17.
(4) S., 37. 1. 439.

un acte sous seing-privé pourvu que la date soit certaine.

Nous ne pouvons partager cet avis. Pour que le desaveu existe légalement il faut qu'il soit connu de la partie intéressée. Car, comment concevoir un désaveu qui serait fait dans l'ombre et qui resterait caché jusqu'au jour où l'action judiciaire serait formée? Et comment le faire connaître légalement s'il n'est notifié ni à l'enfant ni à personne pour lui?

759. L'art. 318 veut que l'action en désaveu soit dirigée contre un tuteur *spécial* nommé pour le désaveu.

Dans l'ancien droit romain établi par l'édit du préteur Carbon, la question de l'état d'un mineur impubère ne devait être agitée qu'à sa puberté. Elle paraissait trop importante pour la confier aux soins d'un tuteur (1).

L'empereur Adrien modifia cette disposition et ordonna que l'état des impubères fût réglé immédiatement, lorsqu'ils auraient des tuteurs aptes à les défendre convenablement et que leur intérêt l'exigerait ainsi.

Questio status pueri differtur cum metus potest esse si minus idoneè defendatur. (L. 1, § 1 *de Carb. ed.*)

Non si magis damnum ex eo patiatur pupillus, nec pendere debet status ejus, cùm jam possit indubitatus esse. (L. 3, § 5, H. til.)

Ainsi l'intérêt du pupille était la seule règle pour avancer ou retarder l'examen de la question. L'ancien droit français autorisait l'examen et le jugement de la question d'état pendant la minorite de l'enfant. Mais il voulait qu'il fût assisté, pour sa défense, non d'un curateur aux causes, ni de son tuteur ordinaire, mais d'un tuteur *ad hoc*.

760. Le Code civil consacre cette règle pour les questions de désaveu.

Cette mesure avait été réclamée par la Cour de cassation.

Confier à la mère seule la défense de l'état de l'enfant eût été la placer dans une position difficile, surtout si l'action

(1) FF. *de Curb. ed.*

en désaveu étant formée ou eût pu craindre que ses aveux ne nuisissent à l'enfant.

La défense parut mieux placée dans la bouche d'un tiers étranger aux faits et sur lequel personnellement l'action ne réfléchirait pas.

D'ailleurs l'enfant a ainsi deux défenseurs au lieu d'un, puisque sa mère est intéressée à le défendre pour se défendre elle-même.

761. L'art. 318 ne fournit pas au mari et à ses héritiers le moyen de faire nommer un tuteur à l'enfant.

L'observation en fut faite au Conseil d'Etat.

Il fut répondu que cette formalité leur appartenait de droit commun.

L'art. 406 du Code autorise, en effet, toute partie intéressée à provoquer la convocation d'un conseil de famille pour faire nommer un tuteur à l'enfant mineur dont on voudra contester l'état.

Ce conseil de famille doit être composé de la manière ordinaire : trois parents paternels doivent y être appelés quoique le désaveu soit dans l'intérêt de la famille du mari ; mais la loi ne fait aucune distinction.

Cependant un arrêt de la Cour de Liége a jugé que le conseil de famille avait pu être composé pour la nomination du tuteur *ad hoc*, de six parents ou alliés de la ligne maternelle.

Le désaveu fut prononcé, et le pourvoi du tuteur fut rejeté par la Cour de cassation, par le motif *que la nomination du tuteur ad hoc* avait été faite dans le plus grand *intérêt de l'enfant*. L'arrêt de cassation est du 25 août 1806 (1).

En prescrivant la nomination d'un tuteur *ad hoc*, pour défendre à l'action en désaveu, la loi annonce clairement que l'enfant ne serait pas valablement représenté par toute autre personne.

(1) Duranton, t. 3, n° 96 ; Sirey, 6. 2. 952 ; Denev., 6. 1. 627.

C'est conformément à cette règle que, par arrêt du 15 juin 1831, la Cour de Colmar a déclaré non-recevable une action en désaveu dirigée contre la mère comme tutrice légale de l'enfant (1).

On remarquera cependant que la question eût été plus douteuse si l'enfant avait eu un autre tuteur que sa mère. Car l'art. 318 exige, outre le tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, la présence de la mère dans le procès. Elle veut donc que deux personnes concourent à la défense de l'état de l'enfant. Elle n'a pas voulu la confier exclusivement à la mère dans la crainte d'un préjudice pour l'enfant. Diriger l'action contre la mère seule, c'était directement violer la lettre et l'esprit de la loi.

Il n'en eût pas été ainsi à l'égard d'un autre tuteur qui aurait été nommé, par le conseil de famille, pour l'administration générale de la personne et des biens de l'enfant. Quoique non spécialement choisi pour défendre au désaveu, ce tuteur général, qui ne serait pas dans la position difficile de la mère, n'inspirerait aucune inquiétude pour les intérêts de l'enfant, et l'esprit de la loi ne serait pas blessé.

Il semble que, dans ce cas, l'action dirigée contre le tuteur ordinaire serait valable.

Cependant il serait prudent de convoquer le conseil de famille pour faire nommer tuteur *ad hoc* le tuteur ordinaire ou pour que ce conseil choisît un autre tuteur, si les intérêts du mineur paraissaient l'exiger. On ne saurait user de trop de précaution dans des matières où toutes les formalités sont de rigueur.

Si, outre le tuteur ordinaire, un tuteur spécial était nommé, il serait bon, après avoir dirigé l'action contre ce tuteur spécial, de la dénoncer au tuteur ordinaire, et de l'assigner pour voir déclarer commun avec lui en sa qualité

(1) D., 31. 2. 163.

le jugement à intervenir. Ce serait une mesure surabondante peut-être. Mais elle ne pourrait pas nuire, *utilia per inutilia non vitiantur*.

762. Si l'enfant est majeur, c'est à lui-même que l'action en désaveu doit être notifiée. Il ne peut être question de lui nommer un tuteur *ad hoc*. Le conseil de famille n'est plus même chargé de la surveillance de ses droits. La loi, par l'art. 318, n'en a confié le soin à un tuteur *ad hoc* que parce qu'elle a supposé qu'il serait encore mineur au moment où la question s'agiterait, comme cela a ordinairement lieu.

Si, quoique mineur, l'enfant était émancipé, l'action devrait aussi être dirigée contre lui et son curateur. Car, avec l'assistance du curateur, le mineur émancipé se défend valablement lui-même. (C. c., art. 482.)

Mais pour éviter toute difficulté, il serait prudent de provoquer aussi pour lui la nomination d'un tuteur *ad hoc*, et d'assigner ce tuteur spécial dans la cause pour y défendre conjointement avec le mineur et son curateur ordinaire.

La mère de l'enfant doit être appelée en cause. Car, quoique non dirigée contr'elle, l'action intéresse trop vivement son honneur d'épouse, son cœur de mère pour qu'elle y reste étrangère. Qui mieux qu'elle, d'ailleurs, peut connaître les faits et fournir à l'enfant des moyens de défense?

Cependant si ses déclarations étaient contraires à la légitimité, elles ne pourraient servir de base unique à la décision. Nous avons déjà prouvé, sur l'art. 313, que les aveux de la mère ne pouvaient nuire à l'enfant.

763. En exigeant que le désaveu se poursuive en présence de la mère, le législateur n'a cependant pas prescrit de l'assigner en cause dans le délai prescrit pour le tuteur *ad hoc*.

Ainsi, lors même qu'elle serait assignée plus tard, il n'y aurait pas de fin de non-recevoir. Il suffirait qu'elle eût été mise en cause avant l'instruction du procès. Car elle doit

être partie dans tous les jugements. Les enquêtes même doivent être faites contradictoirement avec elle. Mais si l'on y avait procédé hors sa présence, l'enquête pourrait être recommencée contre la mère. — Rien ne s'y oppose dans les dispositions de l'art. 318 ; et cela a été ainsi jugé par arrêt du 31 janvier 1836 (1).

764. Les auteurs des Pandectes examinent si l'on peut agiter une question d'état après la mort de celui qu'elle concerne, et ils se décident suivant les anciens principes.

Ils distinguent deux circonstances :

Celle où la question d'état s'élève du vivant de l'enfant de l'état duquel il s'agit, et celle où elle ne s'agite que depuis sa mort.

Dans la première hyppothèse, ils reconnaissent que les héritiers de l'enfant peuvent reprendre l'instance qui n'est pas encore jugée.

Mais ils ajoutent que, si celui dont l'état est attaqué meurt après avoir obtenu une sentence favorable, son état devient inattaquable, lors même que l'on aurait interjeté appel de son vivant.

Ils citent plusieurs arrêts confirmatifs du principe.

Dans la seconde hypothèse, ces auteurs pensent que la question ne peut jamais être la matière d'une action principale ; qu'elle ne peut être agitée qu'accidentellement et incidemment à une action principale.

Encore faut-il, selon eux, qu'il n'y ait pas cinq ans que l'individu soit mort, parce qu'après ce terme, il n'est plus permis de contester même incidemment l'état du défunt. (L. 2, § 2, ff. *nè de stat. defunct.*)

Ils reconnaissent cependant que, pour que cette prescription ait lieu, il faut que la personne dont il s'agit soit morte en possession constante et publique de son état, et

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 38. 2. 482.

qu'ainsi, même après les cinq ans, on peut mettre en question le fait de la possession d'état et le faire décider.

Toute cette théorie ne peut plus aujourd'hui recevoir d'application.

La loi actuelle n'admet d'autre prescription, d'autres fins de non-recevoir que celles écrites dans les articles 312 et suivants jusques à l'art. 318 ; et les principes anciens, sur cette matière, ont été abrogés par la loi du 30 ventôse an 12, art. 7, qui abolit les lois antérieures relatives aux objets réglés par la loi nouvelle (1).

La mort de l'enfant né viable ne détruit pas l'action du mari, s'il était absent ou s'il n'a découvert que plus tard une naissance qui lui était cachée.

Quant aux héritiers du mari, la prescription de leur action ne court que du jour où ils soit troublés dans leur qualité d'héritiers ou dans les droits qui y sont attachés, soit par un acte émané de l'enfant ou de ses représentants, soit par la possession que ceux-ci auraient prise des biens du mari.

La seule prescription admise aujourd'hui en cette matière est celle dont parle l'art. 322, dont nous nous occuperons plus tard, et qui n'existe que contre les héritiers de l'enfant, lorsque celui-ci a négligé de réclamer un état dont il n'était pas en possession.

Au reste, toute question d'état, soulevée pendant la vie de l'enfant et non définitivement jugée à sa mort par une décision en dernier ressort en sa faveur, peut être suivie contre ses héritiers, sur l'appel qu'on aurait interjeté contre lui ou qu'on interjeterait contr'eux.

Nous ne partageons pas l'avis qu'une assignation donnée devant un juge incompétent n'interromprait pas la prescription de l'action. Cette opinion est détruite par le texte formel de l'art. 2246.

(1) V. Merlin, Rép., v. *Légitimité*, sect. 4, § 2, n° 3, in fine.

Il en serait autrement de la péremption de l'instance si elle était demandée et obtenue contre le mari ou contre ses héritiers, faute de poursuites pendant trois ans ou trois ans six mois, selon qu'il y a eu ou non lieu à reprise de cette instance ou à constitution de nouvel avoir. (V. Code civil, art. 2247, et Code de procédure, art. 397 et suiv.)

765. Les causes de désaveu ou de contestation de légitimité sont essentiellement communicables au ministère public, comme concernant l'état des personnes. (Code de procédure, art. 83, n° 2.)

Par la même raison, elles doivent être jugées en audiences solennelles. (Décret du 30 mars 1808, art. 22.)

766. Les effets des jugements ou arrêts définitifs, rendus sur ces questions, sont faciles à déterminer.

Si la cause a été jugée avec le mari, la décision est une loi de famille que tous les héritiers du mari, tous ses représentants doivent respecter; en sorte que le succès de l'enfant lui assure à jamais, et envers qui que ce soit, le titre et les droits d'enfant légitime. Sa défaite, au contraire, l'en prive pour toujours et envers tout le monde.

Si la question n'est agitée qu'avec certains des héritiers du mari, l'état de l'enfant ne sera fixé qu'avec ceux de ces héritiers qui auraient été parties au jugement; les héritiers qui n'y auraient pas concouru pourraient encore désavouer l'enfant ou contester son état, à moins qu'ils n'eussent laissé écouler contr'eux le délai prescrit par l'article 317 du Code civil. (Argument de l'article 1351 du Code qui n'admet l'autorité de la chose jugée qu'entre les mêmes parties.)

Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour d'Angers, du 11 avril 1811, et par un précédent arrêt de la Cour de cassation, du 6 janvier 1809. L'arrêt de 1811 juge la question pour des héritiers collatéraux du mari; l'autre la juge pour le mari lui-même, contre un enfant qui, pendant l'émigration du mari avait été déclaré légitime, par

jugement rendu contre l'épouse, sans que le mari y fût valablement représenté.

Le dernier arrêt cité présente la singularité d'un enfant qui trouverait une mère légitime dans l'épouse de celui qui n'est pas son père, et qui a cependant été le seul époux de la mère (1).

Section III.

Des moyens de prouver la filiation légitime.

SOMMAIRE.

767. *Objet de cette section.*
768. *Qu'est-ce que la filiation légitime?*
769. *Ancien droit.*
770. *Dans le droit actuel elle se conteste par trois moyens.*

767. En traitant des preuves du mariage dans le titre 3, chapitre 4, section 2, nous avons examiné plusieurs questions de filiation légitime qui se rattachaient à ces preuves.

Dans la présente section, nous nous occuperons de cette filiation en considérant le mariage des père et mère comme constant.

768. La filiation légitime est la descendance en ligne directe de deux époux. Elle est le fondement des familles qu'elle forme et qu'elle perpétue; elle en est aussi l'espérance et l'orgueil; elle est le germe et l'aliment de toutes les affections, et l'encouragement comme la récompense de tous les efforts.

Chez tous les peuples aussi elle a été l'objet d'une vive sollicitude. Tous se sont occupés des moyens propres à en garantir la vérité et à en maintenir la pureté.

Mais il n'ont pas été tous également heureux dans le choix des preuves qui pouvaient l'établir.

(1) V. les deux arrêts dans le Journal de Sirey, t. 22. 2. 177; et t. 9. 1. 49.

769. Chez les Romains, la preuve testimoniale était la seule qui constatât la filiation légitime. Car la possession d'état, qui parmi eux servait surtout à la faire reconnaître, ne reposait que sur des témoignages,

Il en fut long-temps ainsi parmi nous.

Depuis l'ordonnance de 1579 qui a établi les registres publics pour y recevoir le dépôt de la filiation, ces registres ont été environnés d'une telle confiance que les autres genres de preuves n'ont été admis que dans certains cas et sous certaines conditions.

770. Mais les registres publics peuvent ne pas avoir existé ou avoir été perdus, détruits.

Mais une omission peut y avoir été faite, une altération y avoir été commise, une fausse énonciation y avoir été insérée. L'enfant, qui n'a pu veiller à son état, doit-il être victime de ces vices ou de ces erreurs ?

Cela ne serait pas juste. La loi a dû protéger sa faiblesse. De là la nécessité de ne pas se réduire aux registres publics, et d'admettre suivant les circonstances d'autres preuves de la filiation légitime.

Trois sortes de moyens ont été autorisés, dans l'ordre suivant :

1° L'inscription sur les registres de l'Etat civil ;

2° A défaut d'inscription, la possession d'état ;

3° A défaut de l'un et de l'autre, la preuve testimoniale (1).

Nous consacrerons à chacun de ces moyens, un paragraphe de cette section.

---

§ Ier.

De la preuve résultant des registres publics.

SOMMAIRE.

771. *Premier genre de preuve ; les registres publics.* (*Code civil, art.* 319.)

(1) V. Esprit du Code civil, t. 5, p. 92 ; Législat. civile et commerciale, commentaire 2, n° 8, p. 78, éd. in-8°.

772. *Origine de la règle et droit ancien.*
773. *La preuve de la filiation légitime suppose que le mariage est constant.*
774. *Mais quid s'il y a doute sur l'identité de l'enfant?*
775. *Comment se prouve-t-elle? — Par divers moyens.*
776. *La preuve testimoniale, même sans commencement de preuve par écrit, est admissible.*
777. *Foi est-elle due à l'acte de naissance pour la filiation légitime?*
778. *Oui, si la déclaration de naissance a été faite par les personnes que désigne la loi.*
779. *Non, dans le cas contraire. — Arrêt.*

771. Ce genre de preuve est établi par l'article 319 du Code civil, ainsi conçu :

« La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes » de naissance inscrits sur le registre de l'État civil (1). » Art. 319.

772. La loi nouvelle a emprunté cette règle du droit antérieur.

L'ordonnance du mois d'avril 1669 disait aussi : « Les » preuves de l'âge, du mariage et du temps du décès seront » reçues par des registres en bonne forme, *qui feront foi et* » *preuve en justice.* » (Titre 20, art. 7.)

La règle fut renouvelée par la déclaration du 9 avril 1736 qui, dans des dispositions plus étendues que celles

(1) Les preuves de la filiation légitime, admises dans le Code Napoléon, art. 319 et suiv., jusques et compris l'art. 330, sont les mêmes, d'après le Code des Deux-Siciles, art. 241 à 252; et d'après le Code Sarde, art. 158, 159, 160 à 170.

Dans le Code de la Louisiane, les art. 212 à 216 sont semblables aux art. 319, 320, 321, 323, 325 du Code français.

Dans le Code du canton de Vaud, il y a aussi similitude entre les art. 168 à 173, et les art. 319 à 324 et 327 à 337 du Code français. Même similitude dans le Code hollandais entre les art. 316 à 326, et le Code français, art. 319 à 330, sauf que l'art. 323 du Code hollandais, autorise de plus le ministère public à intenter l'action criminelle pour suppression d'état, dans le silence des parties intéressées et s'il y a un commencement de preuve par écrit.

Le Code bavarois déclare, partie 1re, chap. 4, « que toutes les preu- » ves sont admises pour établir la paternité légitime, la filiation et la » paternité naturelle. »

des anciennes ordonnances, établit un ordre plus constant et plus régulier, et déclara aussi, par l'article premier, que les deux registres qu'elle prescrivait feraient également foi en justice.

Le décret du 20 septembre 1792 qui améliora ces sages règlements en prescrivant des registres distincts pour les naissances, les mariages et les décès, déclara comme les lois précédentes, que « les actes contenus dans ces registres, » et les extraits qui en seraient délivrés feraient foi et preuve » en justice des naissances, mariages et décès. » (V. titre 2, art. 6.)

Nos nouveaux législateurs ne pouvaient négliger ce moyen simple et facile d'assurer l'état des citoyens et le repos des familles, et l'article 319 fut adopté.

Seulement, sa rédaction primitive fut changée ; elle portait : « La filiation se prouve par l'extrait du registre civil » des naissances (1). »

On considéra que le véritable titre était le registre ; que l'extrait n'en tenait lieu qu'autant qu'il en était la copie authentique et fidèle ; que s'il y avait quelque différence entre l'un et l'autre il fallait recourir au registre, et rectifier l'extrait. On proposa de substituer aux mots extraits du *registre*, les mots : *Actes de naissance, inscrits sur les registres de l'Etat civil.*

Cette rédaction plus claire, fut admise (2). « Dès qu'un » acte de naissance est inscrit sur les registres publics, la » filiation est sous la sauve-garde de la société. Rien ne » peut détruire la force de ce titre ni porter atteinte à la » légitimité de celui qui l'invoque. »

» C'est par l'inscription sur les registres publics, disait ingénieusement le célèbre M. Cochin, que l'on fait son en-

(1) V. Art. 11 du chap. 2 du projet.
(2) V. Législ. civile, commentaire 7, n° 10.

trée dans le monde. C'est à la faveur de ce *passeport* que l'on peut être admis et reconnu dans une famille (1).

773. Mais pour que l'enfant jouisse de ces avantages, il faut que le mariage de ses père et mère soit reconnu. Car l'art. 319, dans la règle qu'il établit, suppose que le mariage est constant. Cet article, en effet, reconnaît la filiation; mais il ne reconnaît pas la légitimité. Or, la filiation et la légitimité sont deux choses très-distinctes :

La filiation est la qualité d'enfant né d'un homme et d'une femme désignés;

La légitimité est la qualité d'enfant né du mariage de tel homme avec telle femme;

L'énonciation dans l'acte de naissance de l'enfant, de sa légitimité ou du mariage de ses père et mère, ne suffit pas pour l'établir. Elle peut être l'effet de l'erreur ou même du mensonge.

Si donc le mariage est contesté, l'enfant qui l'invoque n'est pas dispensé de le prouver malgré les termes de son acte de naissance, à moins cependant que ses père et mère ne fussent décédés; cas auquel une possession d'état qui ne serait pas contredite par son acte de naissance l'affranchirait de toute preuve. Nous renvoyons à ce que nous avons dit au titre des preuves du mariage sur l'art. 197.

C'est conformément à cette doctrine que des arrêts de cassation des 5 février 1808 et du 20 juillet 1809, ont déclaré qu'une fausse énonciation de mariage entre les père et mère de l'enfant, dans l'acte de naissance de celui-ci, ne constituait pas un faux caractérisé.

Une telle énonciation n'est pas exigée par la loi. (V. les art. 56 et 57.) Elle n'est donc pas substantielle; elle est surabondante; et par conséquent elle ne doit pas constituer un faux.

(1) Œuvres de Cochin, discours du tribun Labary. (V. Législation civile de Locré sur l'art. 319, commentaire 10, n° 19.)

Les mêmes motifs font aussi reconnaître que cette énonciation ne peut suffire pour établir la légitimité. La Cour de Paris a jugé, le 9 mars 1811, qu'elle ne la faisait pas même présumer (1).

774. Si lorsque le mariage est reconnu l'acte de naissance prouve la filiation légitime de celui auquel il s'applique, il peut quelquefois devenir dans une main infidèle un instrument de fraude. L'histoire et la jurisprudence signalent plusieurs exemples d'une audacieuse déception.

Il faut donc qu'il ne s'élève pas de doute sur l'identité de celui qui produit un acte de naissance et qui se l'attribue.

De là les questions d'identité dont ont souvent retenti les tribunaux.

Lorsque l'identité n'est pas reconnue, l'acte de naissance est insignifiant. Que prouve, en effet, cet acte? Rien autre chose, si ce n'est qu'au jour et à l'heure indiqués un enfant est né de deux personnes reconnues ou désignées comme époux.

Mais il est évident que cet acte ne porte pas en lui-même la preuve qu'il s'applique à l'individu qui l'invoque.

775. Cette preuve doit donc être recherchée à l'aide d'autres éléments.

Si l'individu désigné dans l'acte est toujours resté au lieu de sa naissance, s'il a toujours été traité comme fils par les père et mère que l'acte lui attribue; si, en un mot, il a pour lui une possession d'état conforme à un acte de naissance, aucune difficulté ne peut s'élever. Toute contestation que l'on hasarderait sur l'identité serait repoussée par le cri public, et serait écartée par l'art. 322 dont le second paragraphe s'exprime ainsi : « Nul ne peut contester l'état de celui » qui a une possession conforme à son titre de naissance. »

Ces questions ne peuvent donc être agitées que lorsque l'individu, désigné dans l'acte de naissance, n'est pas resté

(1) V. les arrêts cités dans Sirey, t. 9. 1. 88; 11. 1. 216, et 11. 2. 95. Les voir aussi dans Denevers, 6. 1. 306; 8. 1. 145; 9. 2. 137.

sur les lieux où il est né, qu'il en a été éloigné en très-bas âge, que son absence a été longue, et qu'à son retour, il n'est pas reconnu.

Dans ce cas et d'autres semblables, comment son identité sera-t-elle constatée?

Elle ne pourra pas l'être par une possession d'état constante et non équivoque. Car une possession aussi caractérisée lui manquera nécessairement, sinon la question d'identité ne pourrait pas même être soulevée.

Mais elle pourra l'être soit par une possession d'état moins positive, soit par des registres de famille ou des papiers domestiques, soit par plusieurs graves présomptions réunies, soit par témoins.

Une possession qui n'aurait été que temporaire, imparfaite même et non unanime, rapprochée de l'acte de naissance, pourrait suffire pour établir l'identité.

La reconnaissance de plusieurs membres de la famille, de quelques ascendants surtout, serait d'un grand poids pour le succès de la réclamation.

Des marques corporelles et visibles qui auraient été observées sur l'enfant, et qui se retrouveraient sur l'individu, seraient aussi des indices fort graves (1).

Toutes ces circonstances s'appuyant sur un acte de naissance qui ne permettrait pas de douter qu'un enfant a existé, et qu'on ne pourrait appliquer à aucun autre individu mort ou vivant, toutes ces présomptions commanderaient la reconnaissance de l'identité.

Des papiers domestiques du père ou de la mère pourraient même dispenser de toute autre preuve pour peu qu'ils fussent concluants.

Des actes publics ou privés, émanés de personnes qui auraient un intérêt opposé à celui du réclamant, offriraient aussi une preuve morale non suspecte.

(1) Proudhon, t. 2, p. 65.

776. Enfin, la preuve testimoniale de faits propres à justifier l'identité, devrait être ordonnée si elle était offerte; elle devrait être admise même, il semble, sans qu'il fût besoin d'un commencement de preuve par écrit. Exiger dans un tel cas un commencement de preuve par écrit, ce serait souvent paralyser ce moyen puissant d'instruction. D'ailleurs, que s'agirait-il de prouver? Des faits et non des conventions, et des faits sur lesquels il n'aurait pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale.

Les art. 1347 et 1348 du Code civil sont évidemment étrangers à un tel cas.

L'art. 333 suppose qu'il n'y a ni titre ni possession en faveur de celui qui réclame.

L'art. 341 ne s'y applique pas davantage. Ce dernier article n'a trait qu'aux enfants naturels qui recherchent une maternité incertaine. Or, l'on sait que les fins de non-recevoir ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

Aussi des auteurs recommandables reconnaissent-ils que la preuve testimoniale est admissible même sans commencement de preuve par écrit; et plusieurs arrêts l'ont ainsi décidé.

C'est ce qu'ont jugé notamment la Cour de Paris, par arrêt du 17 floréal an 13; la Cour d'Angers, par deux arrêts des 31 janvier 1814 et 23 juillet 1817, contre lesquels des pourvois ont été vainement dirigés; la Cour de Bordeaux, par arrêt du 25 août 1825. On peut voir aussi sur la question un arrêt de la Cour de cassation, du 27 janvier 1818, et un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 9 juillet 1821 (1).

On cite contre un arrêt de la Cour de Toulouse que la Cour de cassation a consacré par le rejet du pourvoi.

(1) Les arrêts cités et ceux de rejet des pourvois se trouvent dans le Journal de Sirey, t. 7. 2. 765; t. 18. 1. 149 et suiv.; t. 26. 2. 165; et dans le Journal de Dalloz, 21. 2. 293. (V. sur la question, Duranton, t. 3, n° 123 et suiv.)

Mais une circonstance grave dut influer sur ces décisions. A l'acte de naissance invoqué on opposait un acte de décès du même individu. L'identité du réclamant était ainsi détruite. Il demanda aussi, il est vrai, à s'inscrire en faux contre le second acte. La Cour de Toulouse rejeta cette demande incidente. L'art. 214 du Code de procédure lui en donnait la faculté, s'*il y échet*, dit cet article. Il n'y avait pas là violation de la loi (1).

777. Nous avons dit avec l'art. 319 que l'acte de naissance prouvait la filiation des enfants légitimes.

Cette règle repose sur la foi due à l'acte lorsqu'il a été fait avec les précautions prescrites par l'art. 56 du Code civil.

Cet article veut que « la naissance de l'enfant soit décla- Art. 56.
» rée par le père, à défaut du père par les docteurs en mé-
» decine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé
» ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement;
» et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile,
» par la personne chez qui elle sera accouchée. »

Ces précautions commandent la confiance. Il est assez difficile, en effet, lorsqu'on les observe, qu'une fraude soit organisée et qu'au moment de la naissance les personnes qui ont assisté à l'accouchement, attribuent à l'enfant par leur déclaration une filiation qui ne lui appartiendrait pas.

Cependant cela serait rigoureusement possible, et M. Toullier, dans cette prévision, examine si l'on peut attaquer la véracité de la déclaration sans s'inscrire en faux.

Cet auteur estimable distingue plusieurs cas.

778. Si la déclaration a été faite par le père et la mère réunis ou par leurs mandataires spéciaux, elle fait foi contre eux ou leurs représentants.

Alors il faut ou s'inscrire en faux contre l'acte ou contester l'identité du réclamant, sauf à celui-ci à prouver son

(1) V. les deux arrêts dans Sirey, 20. 1. 230.

identité, ce qu'il peut faire de plusieurs manières comme nous l'avons indiqué.

Si le père seul fait la déclaration, elle fait une preuve complète de maternité contre son épouse. Un tel témoignage ne saurait être suspect. Il est dicté par la nature. Il est aussi l'accomplissement d'un devoir dont l'omission est même punie par la loi. (Code pénal, art. 346.) La maternité qu'il attribue à l'épouse ne peut être détruite que par une inscription de faux. C'est ce que la Cour de cassation a décidé par arrêt du 10 messidor an 12 (1).

La même foi doit être accordée à la déclaration faite par la mère seule. D'ailleurs la preuve de la maternité entraîne celle de la paternité, suivant la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Seulement, sans avoir besoin de s'inscrire en faux contre l'acte, le mari, s'il n'avait pas assisté à l'acte aurait la ressource du désaveu comme nous l'avons déjà démontré.

Cette ressource serait aussi la seule que la loi donnerait au mari, lors même que son épouse, en déclarant sa maternité, aurait présenté l'enfant comme né d'un père inconnu. Car, la maternité étant certaine, la paternité est légalement présumée appartenir au mari. (C. civ., art. 312.)

Cette paternité légale ne peut être détruite ni par le témoignage de la mère, ni par celui du père, ni par les deux témoignages réunis. Une action en désaveu peut seule la faire disparaître.

Il y a enfin preuve complète de la filiation légitime dans l'acte de naissance qui est rédigé sur la déclaration des personnes qui ont assisté à l'accouchement ou de celles chez qui la mère s'est accouchée. Leur déclaration fait foi parce qu'elles remplissent une mission qu'elles ont reçue de la loi, parce que le fait sur lequel elle porte est de leur connaissance, parce qu'elles n'ont d'ailleurs aucun intérêt à l'altérer.

(1) Sirey, 4. 1. 566 ; D., 2, 528.

Il importe peu qu'elles n'aient aucune certitude sur la paternité. Il suffit que la maternité leur soit connue. En l'appliquant à une femme mariée, elles désignent par cela même le mari pour père; et celui-ci ne peut aussi repousser cette paternité légale que par un désaveu.

779. Mais lorsque la déclaration de maternité n'est faite ni par le père, ni par la mère, ni par aucune des personnes qui ont assisté à l'accouchement ou dans le domicile desquelles cet accouchement aurait eu lieu, lorsque c'est ainsi sur de vagues témoignages seulement que l'acte de naissance est rédigé, cet acte n'a pas même la force d'un commencement de preuve par écrit.

La loi ne protége pas un acte dont la réception et la rédaction sont contraires à toutes ses règles.

C'est ce qu'a jugé en thèse la Cour de cassation, par arrêt du 22 janvier 1811, dans la cause de la nommée Virginie qui réclamait l'état d'enfant légitime des sieurs et dame Gosse, et qui, à l'appui de sa réclamation, présentait un acte de naissance rédigé sur la déclaration d'un sieur Chadi se disant père de l'enfant.

Le déclarant avait désigné comme mère une femme avec laquelle il n'était pas marié, et qui était, à ce qu'il paraît, l'épouse d'un autre.

Cette déclaration dans laquelle il n'était pas énoncé que la mère était épouse, cette déclaration qui, appliquée à la dame Gosse, aurait caractérisé une naissance adultérine, ne pouvait, sous ce dernier rapport même, être accueillie par les tribunaux. L'acte de naissance fut rejeté même comme commencement de preuve par écrit, et l'on refusa à Virginie de l'admettre à prouver qu'elle était réellement la fille de la dame Gosse que paraissait indiquer l'acte de naissance.

Tout ce que nous avons dit sur la foi due aux actes de naissance, suppose qu'ils sont inscrits dans des registres publics. S'ils ne l'avaient été que sur des feuilles volantes, ils ne mériteraient pas la même confiance, ils ne serviraient

pas de preuve positive des faits qu'ils énonceraient. Seulement on pourrait, suivant les circonstances, les invoquer comme documents. Les observations que nous avons faites sur les feuilles volantes où étaient inscrits des actes de célébration de mariage, peuvent également trouver ici leur application. (V. au titre des preuves du mariage)

En l'absence d'un titre de naissance régulier, c'est par la possession d'état que la filiation s'établit.

---

§ II.

De la preuve de la filiation légitime résultant de la possession d'état.

SOMMAIRE.

780. *Deuxième genre de preuve, la possession d'état.— Sa définition.*
781. *Sa force dans le droit romain.*
782. *Droit français ancien. — Dissertation et arrêts sur ce point.*
783. *Droit actuel.*
784. *Définition et caractère de la possession d'état, sous le Code. (Article 321.)*
785. *Les faits énoncés dans cet article ne sont qu'indicatifs et non limitatifs.*
786. *Leurs concours n'est pas nécessaire. — Dissertation et discours des orateurs du gouvernement à cet égard.*
787. *Preuves tirées de la reconnaissance des parents, et arrêts.*
788. *La possession d'état peut-elle établir la parenté collatérale?*
789. *Comment la possession d'état peut-elle être établie?*
790. *Si le père ou la mère existent, la possession d'état est-elle suffisante sans la production de l'acte de célébration du mariage?*
791. *Controverse.— Solution en faveur de la preuve testimoniale du mariage.*
792. *La preuve des décès des père et mère peut aussi être faite par témoins.*
793. *Si les père et mère sont décédés, la possession d'état non contredite par l'acte de naissance est suffisante (Art. 897.)*

794. *Comparaison des articles* 197 *et* 322, *et cas différents auxquels ils s'appliquent.*
795. *Faits propres à établir la possession de l'état d'époux.*
796. *Cette possession d'état perdrait-elle son effet si les deux individus avaient des habitudes de désordre ?*
797. *L'existence du mariage étant constante, la légitimité ne peut être contestée à l'enfant qui a en sa faveur un acte de naissance et la possession d'état.*
798. *Celui-ci ne peut lui-même réclamer une autre filiation.*
799. *Transition.*

780. La possession d'état est la jouissance publique, que tout individu peut avoir, de la place qu'il tient dans la famille et dans la société (1).

Le genre de preuve le plus ancien, celui que toutes les nations ont admis, celui qui embrasse tous les faits propres à faire éclater la vérité, celui sans lequel il n'y aurait plus rien de certain ni de sacré parmi les hommes, c'est la preuve de la possession constante de l'état d'enfant légitime (2).

« De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, disait le célèbre Cochin, dans la cause Bourgelat, la plus solide et la moins douteuse est la possession publique. L'état n'est autre chose que la place que chacun tient dans la société générale et dans la famille. Et quelle preuve plus décisive peut fixer cette place que la possession publique où l'on est de l'occuper depuis que l'on existe? Les hommes ne se connaissent entr'eux que par cette possession (3). »

Rien n'est donc plus puissant, pour constater l'état, que l'autorité de la possession. Elle supplée aux titres s'il n'en existe pas; elle les rectifie s'ils sont défectueux.

Ce moyen était même le seul avant que les progrès de la civilisation eussent fait établir des registres, et depuis il a

(1) Discours du tribun Duveyrier; Législat. civile et commerciale de Locré sur l'art. 320, comment. 11, n° 24.
(2) Exposé des motifs, comment. 9, n° 18 de la Législat. civile.
(3) Cochin, t. 1, p. 590; v. Merlin, Répert., *verbo* Légitimité, sect. 1, 2, et les divers anciens arrêts qu'il rapporte.

toujours servi à réparer leurs omissions, à corriger leurs erreurs.

781. Chez les Romains, la jouissance publique de l'état d'enfant légitime suffisait même pour prouver et le mariage et la légitimité. C'est ce que déclare la loi 9. *C. de nuptiis.*

Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causâ domui habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideò minus veritas matrimonii aut susceptæ filiæ suam habet potestatem.

782. Dans l'ancien droit français, la possession d'état suffisait aussi à défaut de titre de naissance pour établir la filiation légitime.

Selon M. Toullier, on ne dispensait autrefois l'enfant de prouver le mariage de ses père et mère que lorsqu'il réunissait en sa faveur la possession d'état à l'acte de naissance. L'auteur cite à l'appui de cette opinion un arrêt de la Cour de cassation, du 8 janvier 1806, et le nouveau Denisart, au mot *Etat*, § 2.

Mais la Cour de cassation juge seulement par cet arrêt que la décision des juges du fond est à l'abri de sa censure quant à l'admissibilité des faits tendant à établir la possession d'état. Cette Cour, par arrêt du 19 mai 1830, a jugé de la même manière la question née sous l'empire du Code (1).

Quant aux opinions des jurisconsultes, elles étaient loin d'être unanimes; plusieurs d'entr'eux, et des plus recommandables pensaient que la possession publique de l'état d'enfant légitime suffisait pour dispenser l'enfant de rapporter et son acte de naissance et la preuve de l'acte de célébration du mariage de ses père et mère.

C'est ce que reconnaît M. Toullier lui-même, qui cite

(1) Voir les deux arrêts dans le Journal de Sirey, t. 6. 1, p. 397, et t. 30. 1. 216. Voir aussi un troisième arrêt conforme du 27 nov. 1833; D., 34. 1. 33.

Bourjon, auteur dont la doctrine s'appuie sur le droit commun de la France.

L'arrêt du 29 mars 1770 rendu en faveur des enfants Foucault est en opposition avec le système de M. Toullier, puisque cet arrêt qu'il cite lui-même déclara légitimes par la seule force de la possession d'état des enfants qui ne représentaient cependant ni leurs actes de naissance, ni l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère.

Quant aux autres arrêts indiqués par M. Toullier, rien ne prouve qu'ils furent déterminés par la circonstance que des actes de naissance se réunissaient à la possession d'état.

L'ancienne jurisprudence sur la question ne pourrait être clairement démontrée que par un certain nombre d'arrêts qui auraient refusé l'état d'enfant légitime à des individus dont le seul titre aurait été leur possession d'état, quelque constante, quelque caractérisée qu'elle fût.

Or, on n'en cite pas de semblables.

Merlin rapporte, au contraire, plusieurs arrêts anciens qui ont déclaré légitimes des enfants qui n'avaient d'autres titres que leur possession d'état. Il cite, notamment l'arrêt Nicolle, du 15 juin 1771, et l'arrêt Bourgelat, du 12 août 1729, lors duquel Cochin développa avec tant de force et d'éloquence les vrais principes sur la puissance et les effets de la possession d'état (1).

La possession d'état a même été long-temps la seule preuve légale de la légitimité des enfants des protestants, qui, d'après la législation rigoureuse dont ils étaient frappés, ne pouvaient ni sortir du royaume pour contracter des mariages sur un sol étranger sans s'exposer à la peine des galères, ni faire célébrer leur mariage en France, parce que leurs opinions religieuses ne leur permettaient pas de se soumettre aux rites et aux formalités qu'on exigeait pour les mariages.

(1) V. Merlin, au mot *Légitimité*, sect. 1, § 2, n° 3.

Aussi, avant le fameux édit du mois de novembre 1787, tous les Parlements admettaient-ils la légitimité des enfants des protestants sur le fondement unique de leur possession d'état. (V. Merlin, *loco citato*, § 3, et les arrêts qu'il cite.)

783. Depuis l'émission du Code civil, plusieurs arrêts ont appliqué ces principes aux questions de ce genre, quoique nées sous l'ancienne législation.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation, du 23 mars 1825, a décidé que la filiation légitime d'un individu mort sous les lois anciennes, pouvait être établie, à défaut d'acte de naissance et de registres de l'état civil, par des présomptions de la nature de celles indiquées par l'art. 321 du Code, tendantes à établir la possession d'état d'enfant légitime.

Un autre arrêt de la même Cour, rendu le 29 novembre 1826, a aussi jugé que, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, comme avant cette ordonnance, la preuve de la filiation, à défaut de registres publics, s'établissait par une possession d'état constante et continue, appuyée sur des actes authentiques (1).

Au reste, rien n'indique dans les discussions du Conseil d'état, que le droit actuel sur la matière soit un droit nouveau. Le tribun Duveyrier après avoir rappelé les paroles éloquentes de Cochin, sur la possession d'état, après avoir dit que son plaidoyer avait depuis servi de texte à toutes les discussions sur cette matière, ajoute ces paroles remarquables :

« Ces principes, qui n'ont jamais été contestés ni modifiés, » ont dicté dans le projet de loi cette règle générale : » *A défaut de titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit* (2).

De tout ce qui vient d'être dit, on doit conclure que les questions de filiation légitime fondée sur la possession d'état,

(1) V. les arrêts dans Sirey, t. 26. 1. 229 ; et t. 27. 1. 207 ; et dans Dalloz jeune, t. 25. 1. 238 ; et t. 27. 1. 71.

(2) V. Législat. civile sur l'art. 320, comment. 11, n° 24.

quoique nées sous l'ancien droit, doivent être résolues par les règles du Code civil qui, considéré même seulement comme loi interprétative, peut leur être appliqué suivant la maxime : *Leges priores ad posteriores trahuntur et è contrà.*

Les termes de l'article 320 sont précisément ceux que transcrit dans son discours le tribun Duveyrier.

» A défaut de ce titre (l'acte de naissance), la possession Art. 320
» constante de l'état d'enfant légitime suffit.

A défaut de ce titre, dit l'article, ce qui veut dire que « la possession d'état ne doit être consultée que lorsque » l'enfant ne peut pas présenter d'acte de naissance.

» Ce qui veut dire aussi, que si les registres publics n'ont » point existé, s'ils sont perdus, si l'on a omis d'y inscrire » l'acte de naissance, la possession seule prouvera l'état, » pourvu qu'elle soit publique et non interrompue.

» Ce qui signifie, par une conséquence légale, que s'il » y a erreur ou fraude dans les registres, la possession » suffit encore pour conduire à la réformation néces- » saire (1). »

Le projet du Code était rédigé en expressions plus restreintes. Il portait seulement :

« *Si les registres civils sont perdus, ou s'il n'en a pas été tenu, la possession constante de l'état d'enfant né du mariage suffit.* » (V. l'art. 12, du chap. 2, du titre 7 du projet, livre des personnes.)

C'était trop limiter la règle. C'était priver l'enfant de ce moyen si favorable cependant, si digne de confiance, lorsque des registres existaient, quelque peu réguliers même qu'ils fussent; c'était dans beaucoup de cas rendre illusoire la possession d'état.

La rédaction adoptée définitivement est tout à la fois et plus simple et plus large. Elle embrasse tous les cas, et sans examiner la cause qui empêche la représentation de l'acte

(1) Discours de Duveyrier, *loco citato.*

de naissance, elle déclare la possession d'état suffisante pour la preuve de la filiation légitime.

Mais, n'oublions pas, comme nous l'avons déjà fait observer sur l'article 319, qu'il faut que le mariage des père et mère soit constant ou au moins qu'ils soient eux-mêmes décédés en possession de l'état d'époux légitimes. (Voir aussi ce que nous avons dit sur l'article 197.)

Remarquons aussi avec Locré, que l'article 320 ne donne d'effet à la possession d'état que quand elle sert la réclamation de l'enfant, et qu'il n'autorise personne à la faire valoir contre lui (1).

La réflexion est juste, mais elle doit être entendue avec cette modification cependant que, si l'enfant invoque sa possession d'état pour prouver sa filiation légitime, ses adversaires ont le droit d'établir par preuve contraire qu'il possédait un autre état.

La possession d'état est un genre de preuve que la faveur de la filiation légitime a fait introduire dans notre droit. Elle ne s'applique pas aux enfants naturels, puisque, à leur égard, la recherche de paternité est interdite (V. l'art. 340.)

Le Code de la Louisianne (cette contrée autrefois française), qui admet la recherche de paternité naturelle en faveur des enfants blancs libres et en faveur aussi des enfants de couleur, libres, lorsque le père qu'ils recherchent est un homme de couleur, autorise aussi dans ce cas la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état, *lorsque le père*, dit l'article 227 de ce Code, *soit en public, soit en particulier, a reconnu le bâtard comme son enfant ou lui en a donné le nom dans ses discours, ou l'a fait élever comme tel.*

Ce sont là les vrais caractères de la possession de l'état.

Cette législation exceptionnelle n'est pas admise chez d'autres peuples qui autorisent cependant, sous certaines conditions, la recherche de paternité.

(1) Esprit du Code civil, t. 5, p. 100.

Etendre en Europe à la filiation naturelle la preuve résultant d'une possession d'état, ce serait ouvrir la voie aux recherches les plus scandaleuses.

784. En l'autorisant pour la filiation légitime, la loi a tracé dans l'art. 321 les principaux caractères de la possession d'état.

« La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indique le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Art. 321.

» Les principaux de ces faits sont :

» Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ;

» Que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ;

» Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ;

» Qu'il a été reconnu pour tel par la famille. »

L'ensemble de la rédaction indique clairement que les faits énoncés sont proposés seulement comme exemples, *exempli causâ non taxationis causâ.*

Le principe général est posé dans le premier paragraphe de l'article. Il veut que la possession puisse s'établir par une réunion suffisante de faits qui la signalent.

Il ajoute que les faits qu'il énumère *sont les* PRINCIPAUX, c'est-à-dire qu'ils sont ceux qui ont fixé l'attention des rédacteurs, ceux qui se présentent même le plus ordinairement dans la vie civile.

785. Mais par cela même que l'article ne les rappelle que comme principaux, il n'en exclut aucun autre ; et l'enfant pourra invoquer tous ceux que les circonstances lui offriront, et qui lui paraîtraient propres à établir l'état auquel il prétend.

La Commission nommée par le gouvernement avait proposé

une rédaction qui limitait à certains faits les caractères de la possession d'état.

Elle avait dit :

« *La possession d'état résulte d'une chaîne uniforme et non interrompue de faits qui indiquent les rapports de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il appartient.*

» *Ces faits sont que l'individu a toujours porté le nom du père, etc.* »

Le surplus du projet a été copié dans l'article.

Seulement après le fait : *Qu'il a été reconnu pour tel dans la famille,*

Il était ajouté : *Le concours de cette dernière circonstance n'est pas toujours indispensablement nécessaire* (1).

786. S'exprimer ainsi, c'était non-seulement n'admettre comme faits caractéristiques de la possession d'état que *les seuls faits* détaillés dans l'article, c'était aussi prescrire leur concours, à l'exception du dernier, touchant la reconnaissance de la famille que l'on pouvait quelquefois ne pas exiger.

La rédaction fut critiquée.

On reconnut qu'il était impossible de rechercher et de classer dans une loi tous les rapports qui constituent une possession d'état, et d'en faire une énumération exacte ;

Que déterminer les seuls faits qui pourraient la constater, c'eût été courir le risque d'en écarter de décisifs, et priver l'enfant de tous les secours que la loi lui donne ;

Que pour rendre sa preuve plus concluante, on l'eût souvent rendue très-difficile pour ne pas dire impossible (2).

Ces observations judicieuses produisirent le changement du premier paragraphe du projet, et la suppression du dernier. De la rédaction adoptée il résulte :

(1) V. le projet du Code civil, titre 7, chap. 2, art. 16.
(2) Esprit du Code civil, p. 101 et 103, de t. 5.

1° Qu'un fait isolé ne suffirait pas pour établir la possession d'état ;

2° Mais que, s'il faut une réunion de faits, il ne faut pas au moins le concours de tous ceux que détaille l'article ;

3° Que la possession d'état peut résulter d'autres faits que ceux qui y sont énoncés ;

4° Que des faits même peu nombreux, s'ils sont caractéristiques, peuvent suffire pour la prouver.

A ce que nous avons déjà dit pour démontrer la vérité de ces quatre propositions, nous ajouterons quelques passages des discours des orateurs qui ont présenté la loi ou développé ses motifs.

M. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs, disait, en parlant des faits de possession d'état indiqués dans l'article :

« La loi n'exige point que tous ces faits concourent. L'ob-
» jet est de prouver que l'enfant a été reconnu et traité
» comme légitime ; il n'importe que la preuve résulte de
» faits plus ou moins nombreux ; il suffit qu'elle soit cer-
» taine (1). »

L'orateur Lahary, dans son rapport au Tribunat, s'exprimait ainsi :

« Au moyen du développement donné à cet article, il
» n'est plus permis d'élever de doute ni de tergiverser sur
» ce qui devra caractériser la possession d'état.

» Ainsi, un fait isolé ne pourra suffire pour prouver une
» possession d'état, celle qui est requise pour s'établir dans
» une famille. Il faut un cumul, une réunion suffisante de
» faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté
» entre un individu et la famille à laquelle il prétend ap-
» partenir (2). »

Le tribun Duveyrier déclare dans un autre discours que

(1) Législ. de Locré sur l'art. 321, comment. 9, n° 19.
(2) Même ouvrage, comment. 10, n° 21.

le concours des faits donnés pour exemples, n'est pas indispensable.

« En indiquant ces fais principaux, dit-il, la loi ne veut » pas dire que, pour démontrer la possession d'état, leur » réunion soit indispensable, de manière qu'à défaut d'un » seul, tous les autres ensemble doivent être rejetés.

» Non ; elle a voulu seulement, par ses exemples, mon- » trer le caractère et la nature des rapports dont on doit tirer » la conséquence exacte et la preuve de la possession d'état.

» Il est trop évident que parmi les faits proposés pour » exemples, il en est qui, s'ils sont continuels et manifestes, » peuvent seuls compléter la démonstration sans le secours » d'aucun autre (1). »

Le langage de ces législateurs fixe le vrai sens de la loi.

Elle ne prescrit pas tels ou tels faits ; elle exige encore moins leur concours.

Mais elle veut que les faits prouvés ne soient pas équivoques, qu'on ne puisse les confondre avec de simples mouvements de bienfaisance et d'affection accordés quelquefois à des étrangers ; qu'on trouve en un mot dans leur réunion ce que les jurisconsultes appellent *tractatum, nomen, famam.*

787. La reconnaissance des parents éloignés, celle même des aïeux serait moins puissante que celle de la mère surtout si les mœurs de celle-ci n'avaient jamais été ternies par des soupçons.

La reconnaissance du mari de la mère est de toutes les preuves la plus concluante comme émanant de celui qui est le premier juge de la légitimité de l'enfant et qui serait le plus intéressé à ne pas reconnaître une paternité fausse ou même équivoque. *Grande præjudicium offert pro filio confessio patris.* L. 1, § 12, *ff. de agnoscendis et alendis liberis* (2).

(1) Législation civile, comment. 11, n° 25.

(2) V. Proudhon, t. 2, p. 59 et suiv. ; et Merlin, Répert., sect 2, § 4, n. 3, qui rapporte plusieurs arrêts fondés sur ce principe, tandis qu'au

Au reste, pour l'appréciation des faits de possession d'état, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire qui échappe à la censure de la Cour de cassation. Nous en avons cité plus haut plusieurs exemples.

C'est ainsi que la Cour de Paris a décidé qu'avoir porté le nom d'un tel père, même à côté de son épouse, pouvait ne pas attribuer la possession de l'état de fille de ce père. L'arrêt est du 12 juin 1814 (1).

Au contraire, la Cour de Grenoble a considéré comme propres à établir la possession d'état, des titres qui n'étaient pas personnels à l'enfant; par exemple, les actes de naissance de ses frères et sœurs et l'acte de décès de sa mère: l'arrêt qui est du 5 février 1807, est rapporté par l'arrêtiste Denevers (2).

Ces exemples et d'autres semblables prouvent que, quelle que soit l'importance des questions de possession d'état, comme le fait y domine plus que le droit, la loi les livre à la prudence et à la conviction des tribunaux de première instance et d'appel.

788. La possession d'état peut être invoquée non-seulement pour prouver sa filiation légitime, mais encore pour établir que l'on est parent en ligne collatérale et comme tel successible d'un défunt.

Car quel que soit le but que l'on se propose et quoiqu'il s'agisse seulement d'une succession collatérale à recueillir, la question qui s'élève est toujours une question de filiation légitime, puisque la preuve de la parenté collatérale est une conséquence de celle de la filiation réclamée.

Au reste, la faculté donnée par la loi est générale, et s'étend, par conséquent, à tous les cas où la filiation légitime

paragraphe précédent, il enseigne et prouve par plusieurs arrêts que les déclarations d'illégitimité, faites par les père et mère, ne peuvent nuire aux enfants.

(1) Sirey, t. 15. 2. 17.

(2) Denev., t. 7. 2. 84.

est contestée, quelle que soit la cause de la contestation.

La question a été jugée dans ce sens par arrêt de la Cour de cassation, du 19 juillet 1809 (1).

789. Nous avons indiqué les principaux caractères de la possession d'état et les cas où l'on devrait admettre en faveur des enfants cette preuve supplétive de leurs actes de naissance.

Nous devons examiner par quels moyens elle peut être établie?

Dans quels cas elle serait sans force; dans quels cas, au contraire, l'état qui s'appuierait sur elle ne pourrait être contesté?

La possession d'état peut s'établir par les actes de famille, et même par les papiers domestiques;

Par des dépositions de témoins;

Par la notoriété publique.

Les actes de famille et les papiers domestiques sont les éléments les plus sûrs de cette possession. Car si le mari a, dans des actes authentiques, agi comme père de l'enfant; s'il a exprimé, à son égard, des sentiments d'affection paternelle; s'il s'est obligé à fournir à sa subsistance, à son entretien, à son éducation, et si la nature des engagements qu'il a contractés dans l'intérêt de l'enfant, et les expressions dont il s'est servi dans les actes, annoncent plutôt l'accomplissement des devoirs d'un père, et l'impulsion de la tendresse paternelle, que les simples mouvements de la bienfaisance, ils signaleront la paternité dans le bienfaiteur, et ils caractériseront une possession d'état en faveur de l'enfant.

Les papiers domestiques suffiraient aussi pour constituer cette possession d'état, s'ils émanaient du père réclamé, s'ils portaient l'empreinte de semblables sentiments de sa part, si surtout il y avait désigné l'enfant comme son fils, et s'il l'y avait traité comme tel.

(1) S., 10. 1. 110; Denev., 7. 1. 509.

790. La possession d'état de l'enfant, quelque prouvée qu'elle fût, serait sans effet si le mariage des père et mère désignés n'était pas reconnu ou établi, ou si l'un et l'autre n'étaient pas décédés.

Nous avons déjà rappelé ce principe en faisant observer que, lorsque les père et mère étaient décédés, il fallait que la preuve de la possession d'état de l'enfant portât aussi sur la possession de l'état d'époux par les père et mère.

Mais si l'un ou l'autre des père et mère est encore vivant, l'enfant qui a la possession d'état de sa filiation, mais qui ne pourrait pas produire l'acte de célébration de leur mariage, pourrait-il y suppléer par la preuve testimoniale de cette célébration?

A ne se fixer que sur les termes de l'art. 197 du Code civil, on pourrait penser que la possession d'état de la filiation ne dispense l'enfant de la représentation de l'acte de célébration du mariage de ses père et mère, qu'autant que ceux-ci sont l'un et l'autre décédés; mais que si l'un d'eux est encore vivant, comme il doit connaître le lieu où son mariage a été célébré, et comme il peut le faire connaître à l'enfant, le motif de la dispense disparaît, et la représentation de l'acte de mariage devient nécessaire.

Telle est l'opinion de M. Merlin.

791. Cette opinion nous paraît bien sévère; elle pourrait, dans certains cas, conduire à une grande injustice; si, par exemple, l'acte de mariage avait été omis dans les registres, ou si, par un mouvement de passion et de haine contre l'enfant, le survivant des père et mère refusait de lui indiquer le lieu de la célébration, l'enfant se verrait privé d'une légitimité réelle et d'un état qui lui appartiendrait.

C'est, il semble, pousser trop loin la dureté de l'interprétation de l'art. 197 du Code; c'est aussi s'écarter de l'esprit et même de la lettre de l'art. 46 de ce Code.

On sait, en effet, et nous l'avons démontré en traitant des preuves de mariage, que les dispositions de l'article 46

ne sont pas limitatives aux cas qu'elles prévoient ; qu'en autorisant, lorsqu'il n'aura pas existé de registres de l'Etat civil ou qu'ils seront perdus, à prouver, tant par titres que par témoins, les mariages, naissances et décès, elles ne prohibent pas ce genre de preuves, quoiqu'il existe des registres, si ces registres ne sont pas réguliers ou même si quelques actes, et notamment celui que l'on y cherche y ont été omis ; que la preuve testimoniale est admise dans ce cas ; qu'elle doit l'être surtout s'il y a un commencement de preuve par écrit, et qu'on doit considérer comme commencement de preuve par écrit, soit les actes de naissance des enfants s'ils énonçaient que les père et mère étaient mariés, soit des actes de famille, soit tous autres actes authentiques ou sous seing-privé rappelant le mariage.

Comment surtout cette preuve testimoniale pourrait-elle être refusée à un enfant qui aurait pour lui la possession d'état d'une filiation considérée par tout le public comme légitime, qui rapporterait des actes authentiques attestant l'existence du mariage, qui aurait même un acte de naissance où il serait déclaré né du mariage?

La Cour de Toulouse et la Cour de cassation se sont montrées plus favorables à l'enfant et plus justes appréciateurs du sens des art. 46 et 197 du Code civil combinés entre eux.

Les arrêts ont été, il est vrai, rendus à l'occasion d'un mariage célébré en 1793, et d'un enfant né en 1794, sous l'empire de l'ordonnance de 1667.

Mais l'on sait que l'article 14 du titre 20 de cette ordonnance est conforme à l'article 46 du Code civil qui n'en est en quelque sorte que la copie ; et quoique les registres de l'Etat civil du lieu de la célébration du mariage existassent et fussent réguliers, quoique le mari fût encore vivant et que l'acte de célébration ne pût pas être représenté ayant été omis dans les registres, l'enfant né du mariage fut admis à prouver par témoins la célébration.

L'arrêt de Toulouse, en date du 20 mai 1817, est ainsi conçu :

« Attendu que ni l'ancienne ni la nouvelle législation, » n'interdisent cette preuve hors des cas spécifiés soit par » l'article 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, soit » par l'article 46 du Code civil, lorsque des circonstances » graves et imposantes, telles que la possession d'état ou » un commencement de preuve par écrit présentent aux » juges une présomption légale du mariage contracté, sous » prétexte du défaut de représentation de l'acte civil destiné » à le constater; que de telles circonstances sont en grand » nombre dans la cause; mais que la preuve déjà faite en » l'an 8, ne l'ayant pas été contradictoirement avec les hé- » ritiers Rivayran, c'est le cas de l'ordonner (1). »

Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté, le 22 décembre 1819. L'arrêt de rejet est ainsi motivé :

« Attendu que ni l'article 14 de l'ordonnance de 1667, sous l'empire de laquelle a eu lieu le mariage dont il s'agit, ni l'article 46 du Code civil qui a reproduit les dispositions de cette ordonnance, en spécifiant deux cas dans lesquels la preuve testimoniale des actes de l'Etat civil peut être ordonnée, savoir : celui où il n'a pas existé de registres de ces actes, et celui où ces registres auraient été perdus, ne sont ni limitatifs ni exclusifs d'autres cas où cette même preuve pourrait être admise; qu'en effet, il existe, dans les monuments de l'ancienne comme de la nouvelle jurisprudence, plusieurs exemples d'arrêts par lesquels les juges, d'après des présomptions graves et imposantes, telles que la possession d'état d'enfant légitime, ou un commencement de preuve par écrit, ont ordonné la preuve par témoins d'un mariage dont l'acte ne pouvait être représenté, bien qu'il n'y

(1) L'enquête dont il est parlé avait eu lieu en l'an 8, en vertu d'un jugement rendu sur requête, qui avait autorisé la veuve Rivayran à prouver la célébration de son mariage, dont l'acte avait été omis dans les registres de l'Etat civil.

eût ni défaut de tenue, ni perte de registres de l'Etat civil, et que cette jurisprudence a été approuvée et adoptée par les magistrats les plus distingués dans le ministère public ;

» Attendu que, dans l'espèce de la cause, la Cour de Toulouse a pu être frappée de la réunion et de la gravité des présomptions qui s'élevaient en faveur de l'existence du mariage allégué par les défendeurs, voir un commencement de preuve par écrit de ce mariage dans le contrat authentique qui en avait été passé le 23 janvier 1793, dans la publication des bancs, en date du 7 avril suivant, dans l'acte de décès de Jean-Antoine Rivayran, du 14 janvier 1794, dans l'acte de naissance de la dame Montsarrat, défenderesse, du 22 mars de la même année, et dans les reconnaissances géminées des divers membres de la famille Rivayran, contenues dans les actes de famille des 16 messidor an 8, 12 germinal et 7 floréal an 12; que cette Cour a dû prendre aussi en considération la possession d'état invoquée par la défenderesse, tant de sa qualité de fille légitime de Jean-Antoine Rivayran et de Marie Carivem que de la qualité de cette dernière, d'épouse légitime dudit Rivayran, possession d'état ancienne, publique, jamais interrompue et légitimement établie, d'ailleurs, par les mêmes actes sus-énoncés, et par plusieurs autres actes de la cause;

» Attendu, d'ailleurs, que cette possession d'état de la défenderesse était, dans l'espèce, parfaitement conforme à son acte de naissance, ce qui la plaçait, quant à son état personnel, dans la disposition formelle de l'article 322 du Code civil, qui défend de contester l'état de celui qui a une possession conforme à son acte de naissance; que dans ce concours de faits et d'actes si propres à édifier sa religion, la Cour royale de Toulouse a pu, sans violer les articles invoqués tant de l'ordonnance de 1667 et de la loi du 20 septembre 1792 que du Code civil, ordonner la preuve par témoins du mariage contesté (1). »

(1) V. l'arrêt de cassation, dans le Journal de Sirey, t. 20. 1. 281;

M. Merlin critique vivement ceux des motifs de cet arrêt qui sont tirés du Code civil.

Il reconnaît cependant (et comment ne l'aurait-il pas reconnu?) que l'ordonnance de 1667, article 14 du titre 20, était conforme à l'article 46 du Code civil.

Mais il voit dans les articles 194, 195, 197, une prohibition absolue de la preuve de la célébration du mariage, hors les cas du défaut de registres ou de leur perte.

Que dit cependant l'article 194?

Il dit, il est vrai, que nul ne peut réclamer le titre d'époux, s'il ne représente l'acte de célébration du mariage.

Mais il ajoute : sauf les cas prévus par l'article 46; en sorte qu'il renvoie précisément à cet article 46, que tout le monde reconnaît n'être pas limitatif de la preuve par témoins aux seuls cas qu'il prévoit.

Que dit aussi l'article 195?

Que la possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux de rapporter l'acte de célébration du mariage.

Mais cet article est absolument muet sur la prohibition de la preuve testimoniale de la célébration du mariage.

Remarquons, au reste, que les deux arrêts cités ne s'appliquent qu'aux époux qui ont à se reprocher d'avoir négligé de veiller à la transcription sur les registres de l'acte de célébration du mariage, non aux enfants qui n'ont pu eux-mêmes surveiller cette transcription.

Quant à l'article 197, il repousse toute contestation sur l'état des enfants, lorsque leurs père et mère sont décédés, et qu'ils ont une possession d'état non contredite par leur acte de naissance.

Cet article, qui ne dispose que pour le cas du décès des père et mère, ne contient aucune prohibition pour tout autre cas. Il ne s'en occupe même pas. Tirer de son silence l'interdiction de toute preuve qui ne résulterait pas du rapport

et le Répertoire de Merlin, au mot *Légitimité*, section 1re, § 2, nº 8, 4e question.

de l'acte de célébration du mariage, prétendre y trouver cette interdiction, c'est lui donner une interprétation tout à fait arbitraire ; c'est en forcer le sens ; c'est en tirer une sorte d'argument *à contrario* qui, comme l'enseigne M. Merlin lui-même, est le plus vicieux des arguments.

N'est-il pas plus naturel de penser que dans les trois articles 194, 195, 197, les législateurs ont entendu s'en référer aux dispositions réglementaires mais non limitatives de l'article 46, et que s'ils n'ont renvoyé littéralement à cet article que dans le 194me, c'est qu'ils ont considéré comme inutile cette répétition dans les deux articles survivants, qui ne sont en quelque sorte que les corollaires du premier ? Et puisque l'on est forcé de reconnaître que l'article 46 même, hors le cas de non existence des registres, peut autoriser la preuve testimoniale de la célébration du mariage, pourquoi cette preuve ne s'étendrait-elle pas aussi aux cas dont s'occupe les articles 194, 195 et 197 ?

Au reste, l'ancienne jurisprudence admettait cette preuve, et rien n'indique dans les discussions du Conseil d'Etat qu'on ait entendu faire par le Code civil une modification aussi importante au droit antérieur.

Enfin, depuis la loi nouvelle un grand nombre d'arrêts ont admis, malgré l'existence de l'un des époux, la preuve testimoniale de la célébration du mariage dont l'acte n'était pas et ne pouvait pas être représenté, par l'effet d'une omission sur les registres (1).

792. Les observations que nous venons de faire serviraient à résoudre une autre question relative au décès des père et mère de l'enfant, si les actes de décès ne pouvaient être représentés.

La preuve testimoniale de ces décès devrait être ordonnée si elle était offerte. Ce mode de preuve pourrait d'autant

(1) En voir la notice au Code annoté de Sirey, sur l'art. 46. Y voir notamment celle d'un arrêt du 30 juin 1830. Une rapporte aussi le Journal périodique, t. 30. 1. 213.

moins être refusé à l'enfant que l'omission sur les registres de l'acte de décès pourrait provenir de la négligence des personnes qui auraient été présentes au décès, négligence dont les enfants qui y seraient étrangers ne pourraient, sous aucun rapport, être responsables.

Il n'est pas rare de voir les tribunaux ordonner la preuve testimoniale de décès dont on ne peut se procurer les actes.

Cette preuve, accompagnée de celle de la possession d'état de l'enfant comme légitime, ainsi que de la preuve de la possession d'état des père et mère comme époux, établirait légalement et la filiation et la légitimité.

793. Aidé de cette double possession d'état, l'enfant dont les père et mère sont décédés, n'est pas tenu de rapporter l'acte de célébration de leur mariage, lors même qu'il est constant que les père et mère n'ont jamais eu d'autre domicile que le lieu où ils ont vécu publiquement comme époux, et quoique, par suite, il y ait impossibilité de prouver qu'ils se soient mariés ailleurs.

En effet, il n'est pas permis d'être plus exigeant que la loi ; or, l'article 197 ne soumet l'enfant, après le décès des père et mère, qu'à prouver que ceux-ci ont vécu publiquement comme mari et femme. Cet article est aussi général qu'absolu ; il s'applique à tous les cas. Il accorde à l'enfant un moyen facile de prouver sa légitimité. On ne peut le priver de ce moyen en créant à son préjudice, dans le cas proposé, une exception onéreuse qui n'est pas écrite dans la loi. On ne doit pas obliger l'enfant à représenter des titres qui ne lui sont pas connus puisqu'ils sont antérieurs à sa naissance, et à s'expliquer sur des faits qu'il doit nécessairement ignorer.

D'ailleurs, cet acte de mariage qu'il ne connaît pas, dont il ignore même la date, peut avoir été inscrit sur une feuile volante qui aurait depuis disparu. Or, un tel fait, si le fonctionnaire négligent était connu, pourrait servir de base à une procédure contre ce fonctionnaire, et le fait prouvé,

riage eût pu être déclaré constant ; les époux eux-
s ont cette ressource. L'enfant en est privé par son
nce sur l'époque du mariage et sur son ministre.
nment donc lui refuserait-on les avantages de la sim-
euve prescrite par l'article 197 du Code civil ?
st aussi dans ce sens favorable à l'enfant que la Cour
sation a décidé la question, par arrêt du 8 mai 1810 :
Attendu, dit l'arrêt, que Jean Pontiant et Marguerite
tant décédés, et les actes de naissance de Benoîte et
Pontiant portant qu'ils sont enfants desdits Jean Pon-
et de Marguerite Guy, *son épouse*, la légitimité des-
nfants ne pouvait leur être contestée sous le seul pré-
du défaut de représentation de l'acte de célébration du
ge de leurs père et mère ; que telle est la disposition
de civil, article 197 ; que la règle établie par cet arti-
'est modifiée par aucune exception, et que, dans aucun
Code n'impose aux enfants l'obligation de représenter
de célébration du mariage de leur père et mère ;
fait, la Cour d'appel a jugé que Benoîte et Jean ont
ssession d'état d'enfants légitimes, laquelle est con-
à leurs actes de naissance ; qu'ainsi son arrêt n'a violé
e loi (1). »
ns l'espèce de cet arrêt, l'état des enfants était appuyé
double fondement d'un titre de naissance et d'une
sion conforme à ce titre.
, lorsque le mariage a existé, la réunion de ces deux
es de légitimité repousse toute contestation sur l'état
nfant. C'est ce que déclare l'article 322 du Code, qui
se cependant l'existence d'un mariage légal.
Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que donnent son titre de naissance, et la possession conne à ce titre ; Art. 322.

'. l'arrêt dans le Journal des Audiences de Denevers, vol. de
p. 243 ; et dans le Répertoire, au mot Légitimité, sect. 1re, § 2,
estion.

» Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui » qui a une possession conforme à son titre de naissance. »

794. Cet article, dans sa seconde partie, a beaucoup d'analogie avec l'article 197, au titre du Mariage, où il est dit que « la légitimité de l'enfant ne peut être contestée sous le simple prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état *non contredite* par *l'acte de naissance*.

Cependant, il y a une différence sensible dans la rédaction des deux articles.

L'article 197 exige seulement que la possession d'état ne soit pas *contredite* par l'acte de naissance.

L'article 322 veut qu'elle soit *conforme*.

La différence des expressions est trop grande pour ne pas supposer une différence d'intention dans le législateur.

L'article 197 peut s'appliquer, par exemple, à deux cas auxquels l'article 322 serait étranger :

A celui où l'acte de naissance ne serait pas produit et ne pourrait pas l'être ;

A celui où cet acte de naissance ne désignerait pas le père.

Dans les deux cas, en effet, s'il n'y avait pas conformité entre l'acte de naissance et la possession d'état, et si sous ce rapport l'article 322 ne pouvait pas être invoqué par l'enfant, au moins il n'y aurait pas contradiction, et dans ce sens l'enfant pourrait, s'appuyant sur l'article 197 et sur l'article 322, prouver sa légitimité par la seule possession d'état.

Mais est-ce la seule différence d'application que doivent recevoir les deux articles ?

S'il en était ainsi, l'article 322 pourrait être considéré comme presque inutile, puisqu'aux termes de l'article 320, la simple possession d'état est suffisante pour constater la légitimité. La représentation de l'acte de naissance n'aurait donc d'autre but que de servir d'élément à la preuve de

cette possession d'état, que d'ajouter quelque force à cette preuve, et de rendre la contestation plus difficile.

On ne doit pas, d'ailleurs, tirer de l'article 322, la conséquence que la conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état dispensent l'enfant, qui a en sa faveur ces deux puissants titres, de prouver ou le mariage de ses père et mère ou leur vie commune et publique comme époux. Ce serait donner à l'article 322 un sens trop large, un sens repoussé par toutes les discussions qui ont préparé les règles sur la filiation légitime, discussions qui nous apprennent que la possession d'état de l'enfant doit se composer aussi de la possession d'état de ses père et mère comme époux.

Pourquoi donc cette différence d'expression entre les deux articles 197 et 322 ?

Serait-ce, comme l'indique Toullier, mais avec hésitation et doute, que le législateur eût voulu laisser aux juges la faculté d'admettre la preuve du mariage dans des occasions très-favorables (1) ?

M. Toullier a raison de douter. Car cette supposition renverserait toute la théorie des principes sur la filiation légitime, théorie d'après laquelle il faut, ou que le mariage des père et mère de l'enfant soit prouvé, ou qu'il soit établi après leur décès qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme.

Disons plutôt que le législateur a voulu, dans certains cas, autoriser l'enfant à prouver par titres ou par témoins, dans l'intérêt de sa légitimité, la célébration du mariage de ses père et mère, quoique l'un d'eux ou même l'un et l'autre fussent encore vivants, si son acte de naissance conforme à une possession d'état constante faisait déjà présumer l'existence de cette union légitime dont l'acte de célébration ne pourrait cependant pas être représenté.

Une telle interprétation serait en harmonie avec les mo-

(1) V. Toullier, t. 2, note sur le nº 877.

tifs de l'arrêt de la Cour de cassation, du 22 décembre 1819 que nous avons rapporté plus haut.

Mais nous devons ajouter que, malgré la faveur de la légitimité, et malgré la possession d'état de l'enfant, son acte de naissance, quoique contenant la déclaration du mariage de ses père et mère, ne suffirait pas s'ils étaient vivants pour établir légalement l'existence de ce mariage; il faudrait encore prouver la célébration. C'est ce que nous avons déjà démontré. C'est ce que prouve avec son érudition et sa logique ordinaires M. Merlin, dans une dissertation où il rappelle l'ancienne et la nouvelle jurisprudence sur la question (1).

795. Nous avons dit que, lors même que, suivant l'article 322, l'enfant invoquerait et son titre de naissance et une possession d'état conforme à ce titre, il n'en serait pas moins tenu, pour établir sa légitimité, si ses père et mère ou l'un d'eux était vivant, ou de rapporter l'acte de célébration du mariage de ses père et mère, ou de constater par d'autres titres et par témoins cette célébration; et si ses père et mère étaient l'un et l'autre décédés, de prouver la possession d'état de ceux-ci comme époux en même temps que sa possession comme enfant légitime.

Par quels faits cette possession d'état d'époux pourra-t-elle être démontrée?

L'art. 197 considère comme caractérisant la possession de l'état d'époux, la position de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme.

C'est par les circonstances qu'on doit juger si la condition prescrite a été remplie.

An autem maritalis honor et affectio præcesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione considerata, perpendum esse. L. 31, ff. *de donationibus.*

L'existence d'un contrat de mariage entre les père et

(1) Répertoire, au mot *Légitimité*, sect. 1, § 2, 6e quest.

mère annonce l'intention d'une union légitime ; mais elle ne la prouve pas ; l'absence de ce contrat ne prouve pas davantage que le mariage n'ait pas été célébré.

Neque sine nuptiis instrumenta facta ad probationem matrimonii sunt idonea, diversum veritate continente ; neque non interpositis instrumentis jure contractum matrimonium irritum est ; cùm omissâ quoque scripturâ, cætera nuptiarum indicia non sunt irrita. L. 9, C. *de nuptiis.*

Tel était aussi le langage de M. d'Aguesseau dans son 6me plaidoyer :

« Et sans recourir à tant d'autorités, dit-il, il est visible » que les conventions matrimoniales sont tout à fait distinc- » tes et séparées du consentement des parties, qui, sanc- » tifié par la bénédiction nuptiale, constitue l'essence du » sacrement. L'usage apprend que les contrats se font avant » la célébration ; que souvent ils n'ont pas d'exécution ; et » l'on peut dire qu'un contrat de mariage est la plus légère » de toutes les présomptions pour prouver qu'un mariage » a été célébré, puisqu'il précède et ne suit pas le ma- » riage. »

La possession d'état d'époux dépend surtout de la cohabitation publique dans la maison du mari ; c'est cette maison qui forme le domicile du mariage, *domicilium matrimonii*, dit la loi 5, C. *de nuptiis.*

C'est aussi à la publicité de cette cohabitation, lorsqu'elle était suivie de la naissance d'un enfant, que la loi 3, C. *de nuptiis*, subordonnait principalement la preuve du mariage.

Si, vicinis vel aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum causâ domui habuisti, *et ex eo matrimonio filia suscepta est ; quamvis neque nuptiales tabulæ neque ad natam filiam pertinentes facta sunt, non ideò minus veritas matrimonii aut susceptæ filiæ habet suam potestatem.*

Pour que la cohabitation publique des père et mère forme, en faveur des enfants, une présomption légale de mariage, il faut que le père ait traité la mère comme épouse,

qu'elle ait porté son nom, qu'ils se soient présentés au public comme mari et femme.

Il faut aussi qu'à ces faits extérieurs viennent s'unir les écrits publics, les écrits privés qu'ils ont passés entr'eux ou avec des tiers; qu'ils y aient pris le titre d'époux, qu'ils se le soient respectivement donné; qu'ils l'aient reçu des étrangers en présence l'un de l'autre.

Il faut enfin qu'ils passent publiquement pour époux non dans l'intérêt de la religion comme s'étant mariés devant un ministre du culte, mais dans l'ordre civil pour s'être mariés devant un officier public compétent.

En un mot, pour constituer la possession d'état d'époux il est indispensable qu'une continuité de faits, d'actes, de reconnaissances tacites ou formelles annoncent que les père et mère se sont considérés, dans leurs rapports extérieurs et ont été considérés généralement par le public comme époux et comme légalement mariés. Des faits isolés ou temporaires seraient insuffisants.

Si, en prouvant la possession d'état, les enquêtes prouvent en même temps l'illégalité de l'union qui en a été le principe, l'enfant, quels que soient les termes de son acte de naissance, ne peut être déclaré légitime. Ainsi l'a jugé la Cour de Rennes, par un arrêt du 25 juillet 1811 (1).

Cet arrêt, que l'arrêtiste critique d'après les circonstances, que Merlin lui-même n'approuve pas sous ce rapport est au moins exact en doctrine. Car la possession d'état ne peut avoir d'effet si son origine est vicieuse, et s'il est prouvé qu'elle repose sur une fausse base.

Seulement, dans ce cas, c'est à celui qui conteste l'état démontrer le vice de l'origine et les faussetés de la base (2).

796. La possession d'état de l'enfant, réunie à celle des père et mère comme époux, perdrait-elle toute sa force

(1) Sirey, t. 15. 2. 49.
(2) Rép. de Merlin, au mot *Légitimité*, sect. 1, § 2, 5e quest.

si ceux-ci avaient des habitudes marquées de désordres et de libertinage?

Ecoutons M. d'Aguesseau dans la cause de Jacquette de Senlis :

« Pourquoi donne-t-on tant d'autorité au bruit public et » à la commune renommée? C'est qu'on ne suppose pas ai- » sément qu'une femme ait assez de hardiesse pour vivre » publiquement comme femme mariée pour prendre le nom » de son mari, sans être sa femme légitime et sans avoir » reçu ce nom à la face des autels. On ne doute pas que » dans une ville bien policée, l'Eglise, les magistrats, le » peuple même ne se fussent élevés contre de tels désordres; » l'on croit qu'ils ne pouvaient être connus et demeurer im- » punis. Il suffit qu'ils soient publics pour se persuader » qu'ils ne sont plus, et que le mariage a rendu une telle » société légitime.

» Mais lorsqu'il s'agit d'une femme débauchée, confirmée » dans le crime, qui y goûtant une paix profonde a su se » faire un front incapable de rougir, toutes ces raisons ces- » sent, toutes ces conjectures se dissipent. On se persuade » aisément qu'une telle femme abusera facilement du nom de » *mariage*, pour pouvoir vivre dans une licence effrénée; » qu'un jeune homme aveuglé par sa passion, entraîné par » le plaisir présent, touché du même désir de liberté, con- » sentira à ce commerce honteux et prêtera son nom pour » servir de voile à la débauche. C'est ce que les Romains » avaient prévu lorsqu'ils ont établi la cohabitation publique » pour une des fortes preuves du mariage. Car, en même » temps qu'ils admettaient cette présomption, ils excep- » taient néanmoins les femmes accusées de désordre. C'est » ce qui est décidé précisément par la loi 24, ff. *de Ritu nup- » tiarum : In liberæ mulieris consuetudinem non concubina- » tus sed nuptiæ intelligendæ sunt; si non corpore quæstum » fecerit.* »

Ce langage du grand magistrat est éloquent, ces consi-

dérations morales sont puissantes. Nous doutons cependant qu'on les appliquât aujourd'hui avec la juste sévérité des anciennes mœurs.

Suivant la loi nouvelle, la possession d'état d'époux consiste dans la vie publique de deux individus comme mari et femme. (Art. 197.)

Si les faits qui constituent cette vie publique et qui lui donnent le caractère du mariage, sont établis pour ces deux individus, si aucun autre fait positif ne les contrarie et n'en efface le caractère, ils doivent faire présumer légalement le mariage, en faveur des enfants qui sont nés d'une telle cohabitation; et cette présomption légale ne peut être détruite à leur préjudice par des habitudes de libertinage qui ne se rencontrent que trop fréquemment parmi les femmes mariées comme parmi les personnes libres du respectable joug du mariage.

Mais si cette présomption était combattue par des faits graves, si, par exemple, le prétendu mari avait vécu publiquement avec deux femmes auxquelles il aurait donné le nom d'épouse, et qu'il aurait traitées comme telles, et cela dans des lieux différents et à des époques rapprochées, pendant que ces deux femmes existaient l'une et l'autre, si les enfants qu'il en avait eus avaient été également présentés par lui comme nés d'une union légitime, dans ce cas monstrueux et rare sans doute, mais qui peut se rencontrer, il n'y aurait évidemment pas de possession d'état ni pour l'une ni pour l'autre femme. Les présomptions de mariage, résultant de la vie publique de l'homme avec chacune des deux femmes, se détruiraient mutuellement, et les enfants, malgré les termes de leur acte de naissance, malgré leur possession d'état personnel, seraient tous déclarés illégitimes à moins que certains d'eux ne représentassent un acte de célébration de mariage avec leur mère (1).

(1) V. Répertoire de Merlin, au mot *Légitimité*, sect. 1, § 2, question 11e.

La possession d'état de la filiation, réunie et conforme à l'acte de naissance, serait également sans effet, soit que l'acte de célébration de mariage fût produit, soit qu'il ne le fût pas, si le mariage était nul d'une de ces nullités absolues qui peuvent être opposées par tous ceux qui y ont intérêt. (V. l'art. 184, C. c.)

Car une nullité seulement relative ne s'opposerait pas à l'application de la règle écrite dans l'art. 322, au moins à l'égard de ceux auxquels cette nullité serait étrangère.

797. Mais lorsque l'existence du mariage et sa validité ne sont pas en question, l'enfant, dont la filiation est établie et par l'acte de sa naissance et par une possession conforme à ce titre, n'a aucune contestation à redouter. La filiation légitime, reposant sur ces deux solides bases, lui est assurée; il ne serait même pas permis de s'inscrire en faux contre le titre de naissance, et de l'isoler de la possession d'état, pour le détruire d'abord et pour attaquer ensuite la possession même. L'art. 322 repousse toute action isolée ou simultanée contre les deux titres réunis. Et pour nous servir des expressions de Duranton, le concours du titre et de la possession constante d'état d'enfant légitime établit une présomption de filiation inattaquable (1).

En vain, signalerait-on quelques abus qui pourraient résulter de l'invariabilité de la règle; en vain, dirait-on que des individus peuvent présenter, comme leur appartenant, des enfants qui non-seulement ne sont pas le fruit d'une union légitime, mais qui même ne sont pas nés d'eux; en vain, ajouterait-on que la possession d'un état frauduleux, réunie aussi à un faux acte de naissance, pourrait ainsi introduire à jamais cet enfant du mensonge dans une famille respectable; en vain, des membres de la famille prétendraient-ils avoir le droit de prouver la simulation et de repousser l'étranger.

(1) V. Duranton, t. 3, n° 133; et Proudhon, t. 2, p. 62.

Ce droit, l'art. 322 le leur refuse, parce que de telles suppositions sont invraisemblables, parce que, autoriser de telles recherches ce serait ébranler l'état des citoyens, ce serait faire jaillir une dangereuse source de chicanes et de discussions souvent fort scandaleuses, ce serait, en un mot, renverser tout le système de la filiation légitime qui tient de si près à l'ordre social.

798. Mais si l'enfant, dont l'état est soutenu par une possession d'état conforme à son titre de naissance, n'est jamais exposé à en être dépouillé, celui qui, mécontent de sa position sociale, veut réclamer un état contraire à ce titre et à une possession conforme, ne peut aussi espérer aucun succès. La première partie de l'art. 322 écarte ses prétentions, et quelles que soient les preuves qu'il présente, quels que soient les titres contraires qu'il produise, et quoiqu'il prouve qu'il est né de la femme de celui qu'il réclame comme père, quoiqu'il invoque, à l'appui de sa réclamation, la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, l'art. 322 lui oppose une barrière posée par la foi publique et que nul ne peut franchir.

Cet article a érigé en règle positive un principe déjà admis par l'ancienne jurisprudence, et consacré par plusieurs arrêts remarquables. Merlin en cite trois dans son Répertoire, au mot *Légitimité*, section 3, n° 4, l'un dans la cause de la dame de Bruix qui, contrairement à son acte de naissance et à sa possession d'état, se prétendait fille du marquis de la Ferté, les deux autres plus récents et qui ont été rendus, le premier par le Parlement de Paris, le 11 juin 1779, dans la cause des héritiers Lemarié ; le second, le 12 août suivant, dans celle de la famille Guérin.

799. Jusqu'ici, nous avons examiné le sort des enfants qui auraient en leur faveur un titre de naissance ou la possession d'état ou les deux titres réunis.

Il en est qui, moins heureux, sont dépourvus de ces moyens pour constater leur filiation. La loi est venue à leur

secours ; elle leur a accordé la preuve testimoniale, mais sous certaines conditions. Ce genre de preuve sera l'objet du paragraphe suivant.

---

§ III.

De la preuve par témoins pour constater la filiation légitime.

SOMMAIRE.

800. *De la preuve par témoins pour constater la filiation.*
801. *Dans l'ancien droit, elle n'était pas admise isolément.*
802. *Elle était admise étant appuyée de quelques indices.*
803. *Le droit nouveau est semblable.* (*C. c., art.* 323 *et* 324.)
804. *Différence entre l'admission de la preuve de la filiation légitime et celle de la preuve de la possession d'état, et conditions exigées dans le premier cas.*
805. *Première condition. — Absence de titres.*
806. *Deuxième condition. — Absence de possession.*
807. *Troisième condition. — Commencement de preuve par écrit ou présomptions graves.*
808. *Quels faits constituent des présomptions graves.*
809. *Hors des cas prévus dans la troisième condition, la preuve testimoniale ne doit pas être ordonnée.*
810. *En admettant la preuve, on doit autoriser aussi non-seulement la preuve contraire à la maternité, mais encore celle de la non-paternité. — Motifs.*
811. *Différence entre la réclamation de filiation et le désaveu, et par suite entre les moyens et les preuves autorisées dans les deux cas pour ceux qui repoussent ou attaquent la filiation.*
812. *Dans le cas de l'art.* 315, *pourquoi les adversaires de l'enfant sont-ils plus favorisés que dans celui du désaveu?*

800. De tout temps la preuve testimoniale avait été admise pour concourir à la preuve de la filiation.

Nous disons pour concourir à la preuve. Car isolée de toutes circonstances ou de tout commencement de preuve par écrit, on ne l'autorisait pas. Elle aurait été d'une con-

séquence trop dangereuse, elle n'aurait plus laissé de sûreté dans les familles.

Les Romains eux-mêmes, dont la législation prêtait une si grande autorité aux dépositions des témoins, n'avaient cependant pas cru devoir en faire dépendre uniquement la filiation légitime. En matière d'état, la preuve testimoniale seule était déclarée insuffisante par la loi 2, Code *de testam*, dont voici les termes :

« *Defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potest ; soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* »

801. Cette décision, nous dit Merlin, a été admise dans nos mœurs, et elle a servi de motifs à plusieurs arrêts solennels.

Le savant jurisconsulte en cite, en effet, plusieurs qui ont consacré cette doctrine.

Il en cite un du Parlement de Paris du 7 mars 1641, qui déboute Marie d'Amitié de sa demande en autorisation de prouver par témoins qu'elle était la sœur d'Elisabeth et d'Anne Roussel ;

Un autre du 27 mars 1659 qui juge la même chose ;

Un troisième du 12 janvier 1686, conforme aux conclusions de l'avocat-général Talon, qui démontra que la seule preuve par témoins n'était pas suffisante dans les questions d'état ;

Un quatrième du 29 mars 1691 rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau.

Ces quatre arrêts sont rapportés dans le Journal des Audiences du Parlement de Paris, qui en rapporte aussi deux autres semblables du même Parlement, des 11 mars 1735 et 24 mai 1765.

La question a été jugée de la même manière par le Parlement de Rouen, le 26 mai 1734. On trouve l'arrêt dans le Recueil d'Augeard.

On en trouve beaucoup d'autres dans le Recueil de Meynard, dans le Dictionnaire de Denizart.

Tous ces arrêts ont été rendus contre des personnes, qui, sans indices graves, sans présomptions, sans commencement de preuve par écrit, voulaient se faire attribuer par une preuve testimoniale un état dont elles n'étaient pas en possession.

802. Mais il ne faudrait pas en conclure que la preuve par témoins fût indistinctement inadmissible dans les questions d'état.

Elle était admise non-seulement lorsque les registres publics étaient perdus, mais encore « lorsqu'il y avait des » adminicules de preuves contraires à celles qui résultent » des registres. » C'est ce que reconnaissait M. d'Aguesseau, c'est ce qu'avait établi un des commissaires chargés de la rédaction de l'ordonnance de 1667. On lit aussi dans le procès-verbal de cette ordonnance : « Ajoutons qu'il y » aurait nécessité en beaucoup de rencontres de recevoir » cette preuve. »

Merlin qui, au mot *Légitimité*, dans son Répertoire, rappelle le principe général et les modifications qu'il a reçues, rapporte trois arrêts remarquables qui ont adopté ces modifications, l'arrêt Ferrand du 27 août 1736, celui rendu en faveur de la demoiselle Choiseul, le 13 avril 1736, et un dernier arrêt plus remarquable encore du 21 mai 1765, par le Parlement de Rouen qui admit le nommé Jacques à prouver qu'il était le fils d'Anne le Comte et de Charles Lair, mari de celle-ci.

Jacques n'avait en sa faveur aucune possession d'état. Mais son acte de naissance du 21 février 1734, rédigé sur la déclaration de la sage-femme qui avait fait l'accouchement, énonçait qu'il *était fils d'Anne le Comte, fille de Nicolas le Comte et de Marie le Buron*, et il y était ajouté que le commissaire de police de Caen avait reçu la déclaration d'Anne le Comte, il y avait plus de trois mois.

En effet, le 27 novembre précédent, Anne le Comte, accompagnée de la sage-femme, avait fait chez le commissaire de police, sa déclaration de grossesse en attribuant la paternité à un nommé Guillaume Margerie, et en se qualifiant seulement de fille de Nicolas le Comte, sans indiquer son mariage avec Charles Lair.

De la preuve de ces faits devait résulter la filiation légitime de Jacques comme né de Charles Lair, mari de sa mère, suivant la maxime, *pater is est*, etc., et sauf l'exception du désaveu (1).

803. Le Code Napoléon a confirmé et perfectionné cette jurisprudence par les articles 323 et 324 :

Art. 323. « A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de la filiation peut se faire par témoins.

» Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès-lors constants, sont assez graves pour déterminer l'admission. »

Art. 324. « Le commencement de preuves par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics ou même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. »

804. Remarquons la différence entre le cas prévu par ces articles et celui de la possession d'état.

La preuve testimoniale peut aussi être employée pour justifier les faits qui constituent la possession d'état. Alors cette preuve est favorable puisqu'elle a pour but de maintenir l'enfant dans l'état dont il jouit, dans un état dont on veut le dépouiller.

Au contraire, celle permise par l'art. 323 tend à donner

(1) V. Merlin, Répertoire, au mot *Légitimité*, sect. 3, n° 3.

un état à l'enfant qui n'en a point ou qui n'en a qu'un équivoque.

L'un veut conserver ;

L'autre veut acquérir.

Pour le premier, la preuve n'est qu'un moyen indirect d'établir la filiation déjà notoire dans le public ;

Pour le second, elle est un moyen direct de la prouver quoiqu'aucun fait extérieur ne la fasse supposer. De la différence des positions devait résulter aussi une différence des principes.

Aussi ne demande-t-on ni commencement de preuve par écrit, ni indices ou présomptions résultant de faits déjà constants, pour autoriser la preuve testimoniale des faits constitutifs de la possession d'état (1) ; tandis que des conditions sont prescrites, des garanties puisées dans de fortes présomptions sont exigées pour que l'on accorde à la preuve par témoins une confiance qu'elle n'obtiendrait pas si elle était réduite à sa seule puissance.

De sages considérations ont dicté la facilité des principes dans un cas, leur exigence dans l'autre.

« Lorsqu'un enfant veut constater son état par une possession qui se compose de faits continus pendant un certain nombre d'années, la preuve par témoins ne présente aucun inconvénient ; elle conduit au plus haut degré de certitude qu'on puisse atteindre.

» Mais lorsque la question d'état dépend de faits particuliers sur lesquels des témoins subornés ou crédules peuvent en imposer à la justice, leur témoignage seul ne doit pas être admis. Une fâcheuse expérience a démontré que, pour des sommes ou des valeurs même peu considérables, les témoins ne donnent pas une garantie suffisante. Comment pourrait-on y avoir confiance, lorsqu'il s'agit d'attribuer les

(1) Arrêts du 9 mai 1329 ; Sirey, 30. 2. 57.

droits attachés à la qualité d'enfants légitimes, droits qui emportent tous les genres de propriété (1)? »

L'admission de la preuve testimoniale de la légitimité est subordonnée à trois conditions :

Il faut 1° que le titre manque au réclamant;

2° Qu'il n'ait pas de possession d'état pour y suppléer;

3° Qu'il puisse présenter un commencement de preuves par écrit ou des présomptions graves résultant de faits reconnus ou constants.

805. Le titre manque au réclamant, lorsque ce titre n'existe pas;

Lorsqu'il est inexact;

Lorsqu'il est incertain.

Le titre n'existe pas si les registres de l'Etat civil ont été détruits ou perdus, ou s'ils ne contiennent aucun acte qui puisse s'appliquer à celui qui réclame.

Le titre manque aussi lorsque le père et la mère sont, dans l'acte de naissance, déclarés inconnus ou lorsque les noms de ceux-ci sont étrangers et ne s'appliquent à aucune personne que l'on puisse reconnaître, ou lorsque l'un ou l'autre des père et mère n'est pas désigné dans l'acte.

Le titre est inexact lorsque l'enfant a été inscrit sous de faux noms.

Le titre est incertain lorsque l'enfant a été inscrit sous les noms de personnes qui ne reconnaissent pas la paternité ou la maternité, surtout lorsque l'acte a été rédigé sur la déclaration d'autres que ceux qui, par l'art. 56 du Code civil, sont chargés de la faire.

Le titre est également incertain lorsque l'on conteste l'identité de celui qui l'invoque.

Plusieurs de ces exemples ont été appliqués par des arrêts.

Ainsi, par arrêt du 10 mai 1810, la Cour de Paris a admis, sur un commencement de preuve par écrit, un indi-

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs.

vidu inscrit comme né d'une femme indiquée dans l'acte et d'un père inconnu, à prouver par témoins qu'il était l'enfant légitime de deux époux non désignés dans l'acte, et cela sans même qu'il eût auparavant fait déclarer que la mère indiquée était imaginaire (1).

De même, l'enfant inscrit sous de faux noms peut prouver par témoins l'erreur de l'acte, même en n'adressant aucun reproche à l'officier de l'Etat civil. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 1823 (2).

Les questions d'identité rentrent dans les dispositions de l'art. 323. Car c'est ne pas avoir de titre que d'en avoir un dont l'application est contestée et reste incertaine.

Alors, s'il existe un commencement de preuve par écrit ou des présomptions graves, les tribunaux ne doivent pas hésiter à admettre la preuve testimoniale pour fixer les doutes et établir l'identité alléguée. C'est ce qu'a jugé la Cour de Bruxelles, par arrêt du 9 juillet 1821 ; c'est aussi ce qu'avait jugé précédemment la Cour d'Angers contre la décision de laquelle on se pourvut vainement. Le pourvoi fut rejeté par arrêt du 27 janvier 1818 (3).

806. La seconde des conditions, exigée par l'art. 323, est le défaut de possession d'état.

Il est, en effet, inutile à l'individu qui a une possession d'état constante de recourir à la preuve directe, à l'aide de témoins, d'une filiation légitime dont il jouit. S'il a besoin de recourir à une preuve testimoniale ce ne pourrait être que pour établir la possession qui lui serait contestée.

807. La troisième condition, un commencement de preuve par écrit ou des présomptions graves, diffère des deux autres en ce que les titres ou la possession d'état dispensent de recourir à la preuve testimoniale, la filiation légitime étant

(1) Dalloz aîné, Dictionnaire de jurisprudence, t. 8, p. 587, n° 2-1.
(2) Journal de Dalloz jeune, t. 23. 1. 241.
(3) V. l'Arrêt dans le Répertoire de Merlin, au mot *Légitimité*, section 3. On y trouve une assez longue dissertation sur la question.

prouvée sans son secours ou ne pouvant pas l'être d'après les circonstances, tandis que la dernière condition est nécessaire pour être autorisé à recourir à ce genre de preuve, et pour obtenir, par son moyen, l'état dont on est privé.

Si cette condition importante faillit la preuve par témoins de l'état réclamé n'est pas admissible. C'est ce qu'ont décidé plusieurs arrêts.

La Cour de cassation l'a jugé ainsi par arrêt du 28 mai 1809, contre le sieur Armand qui, dans une instance exercée pour lui faire reprendre le nom qui lui était donné par son acte de naissance, demandait à s'inscrire en faux contre cet acte. Il n'y fut pas admis parce qu'il n'avait pas de commencement de preuve par écrit, quoiqu'il proposât le moyen par voie d'exception. (Sirey, t. 9, 1. 455; Denev., 7. 1. 346.)

La même Cour avait refusé, le 21 ventôse an 7, la preuve par témoins de sa filiation, aussi faute de commencement de preuve par écrit, à un enfant qui contestait l'état que lui donnait son acte de naissance. (Jour. de S., 1. 204; Denev., 1. 190.)

Un arrêt de la Cour de cassation, du 12 décembre 1827, a aussi jugé dans une cause, née, il est vrai, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, qu'au cas même de perte constatée des registres de l'Etat civil, la preuve testimoniale de la filiation légitime ne pouvait être admise en l'absence de toute présomption ou de tout indice résultant de faits constants. La solution serait la même sous le Code. (S., 28. 1. 172.)

Cette troisième condition peut être remplie de deux manières, ou par un commencement de preuve par écrit ou par des présomptions graves résultant de faits déjà constants.

Le commencement de preuve par écrit exigé n'est pas restreint aux actes émanés de la personne avec laquelle la contestation s'agite. La définition limitative écrite dans l'article 1347 du Code ne convient pas à l'exécution de l'article 324. Les titres de famille, les registres et papiers domes-

tiques du père offrent le plus caractérisé des commencements de preuve par écrit, quoiqu'ils ne soient ni directement, ni indirectement l'œuvre de celui contre lequel l'enfant discute son état. Des actes publics et privés, auxquels n'aurait pu participer cet adversaire de l'enfant, devraient aussi être considérés comme commencement de preuve par écrit en cette matière, pourvu qu'ils eussent été faits avec le concours d'une personne qui, quoique non engagée dans la contestation, y aurait eu intérêt si elle avait été vivante. C'est ce que la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 28 novembre 1820, qui juge que lorsque l'éloignement des temps et des circonstances particulières ne permettent pas de représenter les actes de filiation, la parenté et par suite la successibilité peuvent s'établir par des actes de famille authentiques, même autres que ceux émanés des père et mère. (S., 21. 1. 402; Denev., 19. 1. 377.)

Le sens large attaché, pour ce cas spécial, au commencement de preuve par écrit, annonce que le législateur a voulu se contenter de tout écrit ayant trait au mariage, qui rendrait vraisemblable la filiation légitime, et dont les auteurs, ou parents ou intéressés, éloigneraient tout soupçon de fraude ou de complaisance.

Au reste, on ne peut en cette matière qu'énoncer des idées générales. Car, sur l'appréciation des écrits, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire (1).

Ainsi un acte de naissance qui désigne la mère par ses noms propres seulement, et qui attribue la paternité à un autre qu'au mari, n'a pas été admis même comme commencement de preuve par écrit, pour autoriser l'enfant à prouver par témoins que la mère désignée était l'épouse de celui que cet enfant réclamait pour père. — Arrêt de rejet par la Cour de cassation du 22 janvier 1811; Dalloz jeune, t. 11, 1. 137.

(1) Toullier, t. 2, n. 891.

La Cour de Paris, dont l'arrêt était l'objet du pourvoi, a décidé, dans le même sens, le 5 mars 1814, que l'acte de naissance, dans lequel Elisabeth de Lépine, *non mariée*, était-il dit, était indiquée comme mère de l'enfant, n'était pas un commencement de preuve par écrit de la maternité d'une Elisabeth de l'Epine femme Hautruy.

On a jugé aussi qu'une lettre de la mère ne pouvait servir de commencement de preuve par écrit contre le père, ni un acte de naissance portant le nom de la mère mais avec désignation du père absent (1).

Au contraire, un simple acte, par lequel le mari s'était obligé à payer une somme à un enfant, a pu être considéré comme commencement de preuve par écrit. (Arrêt de la Cour de Paris du 10 mars 1810.)

Les écrits du mari ont plus de force et inspirent plus de confiance que ceux de la femme. Sous ce rapport, la reconnaissance de la mère après la mort du père ne devrait produire aucun effet même comme commencement de preuve.

Mais celle de deux époux, l'un desquels a élevé l'enfant, qui est cependant inscrit dans les registres publics, sous des noms étrangers, peut servir de commencement de preuve par écrit, et autoriser cet enfant à prouver par témoins sa légitimité quoiqu'il ait été élevé sous ces noms étrangers. (Arrêt de la Cour de Paris, du 21 ventôse an 9; S., 1. 2. 632.)

La difficulté de trouver en cette matière des commencements de preuve par écrit a fait admettre, pour y suppléer, des présomptions graves résultant des faits déjà constants.

Cette espèce de commencement de preuve fut l'objet d'une sérieuse controverse au Conseil d'Etat.

La Commission du Code civil et la Section de législation exigeaient exclusivement un commencement de preuve par écrit.

(1) Arrêt de rejet, 25 août 1812, C. civ.; autre arrêt de Paris du 17 germinal an 12; Dict. de Dalloz aîné, t. 8, p. 587 et 588. V. aussi à la p. 587, n° 2, l'arrêt du 10 mars 1810.

Mais on invoqua, contre la proposition, l'autorité de l'ancienne jurisprudence, l'impossibilité de la condition, son inutilité même.

Le tribun Duveyrier, orateur du Tribunat dont il soutenait le système, en développa les raisons.

Il fit remarquer que les lois romaines laissaient sur la question une incertitude embarrassante, et que les ordonnances de nos rois ne la levaient pas (1).

Il rappela la division des anciens tribunaux, certains desquels n'admettaient jamais la preuve testimoniale, même aidée des présomptions les plus fortes, sans un commencement de preuve par écrit, tandis que d'autres déclaraient que, pour être admis dans les questions d'état à la preuve testimoniale, un commencement de preuve par écrit n'était pas nécessaire.

« M. d'Aguesseau, dit-il, mit le premier un poids sensible dans la balance en indiquant un terme moyen qui rendait au moins la justice possible en toute circonstance.

Il voulait qu'on eût égard, non-seulement aux écrits, mais encore au concours des circonstances, lorsqu'il est tel qu'il doive ébranler l'esprit du juge et lui faire entrevoir une vérité qu'il devient nécessaire d'éclaircir.

La sagesse de cette opinion l'avait fait presque généralement adopter; et depuis, la jurisprudence de presque tous les tribunaux a été constamment d'admettre la preuve testimoniale, sans exiger comme condition absolument indispensable un commencement de preuve écrite.

L'impossibilité, dans beaucoup de cas, de la condition du commencement de preuve écrite, devait aussi empêcher qu'on ne l'exigeât. Car quelles preuves écrites peut-on espérer dans cette matière? Il n'a pas dépendu de l'enfant de s'en procurer; s'il a recours à la preuve par témoins, c'est précisément parce que les preuves écrites sont supprimées

(1) V. L. 2, C. *de testibus*; L. 6, C. *de fide nostrum*, L. 7, C. *de nuptiis*.

ou perdues ; on ne doit pas se faire un moyen contre lui de ce qu'il ne les représente pas; ce serait le punir d'une faute, d'un accident dont il n'est pas l'auteur.

Pourquoi, d'ailleurs, des écrits auraient-ils seuls le privilége de former un commencement de preuve? Ne peut-il se rencontrer des indices, des présomptions, un concours de circonstances qui n'ont pas moins de force que des écrits, lorsque la vérité n'en est pas contestée (1)?

Telles sont en résumé les observations qui ont fait admettre comme commencement de preuve des présomptions graves résultant de faits déjà constants.

808. Mais quels seront les faits dans lesquels on reconnaîtra ce caractère?

On conçoit qu'il est impossible de les préciser, et que la variété des rapports que les hommes ont entr'eux peut en faire naître de diverses sortes. La loi a dû poser la règle et laisser à la sagacité des tribunaux l'appréciation des faits. Jurés en cette matière, les magistrats consulteront leur conscience et leur conviction. Si des faits reconnus ou avérés leur paraissaient rendre vraisemblable la filiation réclamée, ils admettront le réclamant à la preuve testimoniale qu'il proposera pour établir complètement cette filiation.

Il importe peu, d'ailleurs, « que le fait qui établit le » commencement de preuve soit ou ne soit pas consigné » dans un acte écrit; il suffit que son existence soit démontrée » au juge autrement que par l'enquête demandée (2). »

809. Mais quelque graves que soient les faits allégués, si parmi eux il n'en est aucun qui soit reconnu comme constant ni par les parties ni par le juge, la réclamation devra être immédiatement rejetée. Car sans un commencement de

(1) V. l'Esprit du Code civil, t. 5, éd. in-4°, p. 111 et suiv.; Législation civile sur l'art. 323, commentaire 2, n° 8, et commentaire 7, n° 12, Observations du Tribunat; Rapport du tribun Duveyrier, commentaire 11, n° 26.

(2) Exposé des motifs de la loi.

preuve résultant d'indices graves et incontestables une enquête ne peut être ordonnée pour ne pas exposer l'état des hommes, ce bien si précieux, cette portion de nous mêmes, aux dangers, aux incertitudes des déclarations des témoins.

Le Parlement de Paris a donné un grand exemple de cette doctrine, dans la cause de la dame de Sasselly, par arrêt du 10 mars 1735. Une enquête avait été ordonnée sans aucun commencement de preuve par sentence du bailliage de Chinon. Elle fut faite, et elle était si forte qu'on ne doutait pas que le réclamant ne fût le fils de la dame de Sasselly ; la filiation était démontrée jusqu'à l'évidence. Mais aucun des faits n'était constant ni reconnu avant l'enquête; elle n'avait donc pas dû être ordonnée ; le Parlement infirma la sentence et débouta le réclamant de ses demandes (1).

Il faut que les indices résultant de faits déjà constants frappent assez l'esprit du juge pour le faire croire à la justice de la réclamation.

Proudhon propose comme indices suffisants pour déterminer à ordonner la preuve par témoins, « une possession » d'état qui n'aurait duré qu'un temps ou qui ne serait » qu'imparfaite, et non unanime, des actes de recon- » naissance de quelques ascendants dont le suffrage serait » jugé assez grave ; quelques marques corporelles et visibles » qui auraient été observées sur un enfant, et qu'on trou- » verait les mêmes sur un individu qui réclame les droits » de cet enfant ; en un mot toutes les circonstances avérées » en fait, et déjà assez constantes par elles-mêmes pour faire » violemment présumer l'identité du réclamant (2). »

Il est cependant un cas où la filiation légitime pourrait être prouvée par témoins sans le secours de présomptions graves reposant sur des faits déjà constants ; c'est celui de la non existence ou de la perte des registres de l'Etat civil.

(1) V. l'Arrêt dans le nouveau Denizart et dans Toullier qui l'en a extrait, t. 2, n. 890.

(2) Proudhon, de l'*Etat des personnes*, t. 2, p. 65.

Lorsque ce premier fait a été constaté, la preuve testimoniale des naissances légitimes comme celle des mariages ou des décès est autorisée par l'article 46 du Code civil auquel il n'est pas dérogé par l'article 324. Mais ce cas est exceptionnel; la règle qui s'y applique est commandée par une circonstance impérieuse qui prive l'enfant de son titre. Au reste cette application sera rarement nécessaire. Car les enfants, auxquels manquerait cette preuve écrite de leur légitimité, en trouveraient ordinairement une aussi puissante dans leur possession d'état. Il faudrait donc qu'ils fussent aussi dépourvus de ce second moyen pour invoquer les dispositions de l'article 46. Alors pour être admis à la preuve testimoniale, ils n'auraient besoin d'aucun commencement de preuve ni écrite ni morale. Cependant, dans ce cas-là même, ce n'est qu'avec beaucoup de circonspection que le résultat des preuves directe et contraire devrait être apprécié pour ne pas s'exposer à introduire un intrigant dans une famille qui ne lui appartiendrait pas. Nous renvoyons sur cette question à ce que nous avons déjà dit au titre des preuves du mariage. Les principes et les solutions que nous y avons développés sont applicables ici.

810. En autorisant sous certaines conditions la preuve testimoniale pour établir la filiation légitime, il était juste d'autoriser aussi la preuve contraire. C'est ce qu'a fait le législateur par l'article 325.

Mais il ne s'est pas borné à énoncer le principe, ce que l'on aurait pu considérer comme superflu, la preuve contraire étant toujours de droit. (Ordon. de 1667, titre 22, art. 1er; Code de procédure, art. 256.)

Il a voulu donner à cette preuve une extension que les règles ordinaires n'eussent pas comportée. Il a permis au défendeur, de détruire par la preuve contraire la présomption légale de paternité légitime qui résulterait de la preuve directe de la maternité d'une femme mariée.

C'est, en effet, ce que porte l'article 325.

« La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens » propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de » la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prou- » vée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère. » Art. 325.

La preuve des faits contraires à la maternité prétendue est en harmonie avec les principes généraux; mais celle qui tendrait à établir que l'enfant n'est pas celui du mari de sa mère, déroge à la règle écrite dans l'article 312 qui, conformément à l'ancienne maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, déclare que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

811. Pourquoi cette dérogation dont on ne trouve pas d'exemple dans l'ancienne jurisprudence?

N'y aurait-il pas antinomie entre les dispositions de l'article 325 et les principes sur le désaveu?

La dérogation a été motivée sur la différence des positions entre l'enfant qui réclame un état dont il ne jouit pas, et celui que l'on veut dépouiller de l'état qu'il possède.

« Lorsque l'enfant n'a ni possession constante ni titre, » ou lorsqu'il a été inscrit soit sous de faux noms soit » comme né de père et mère inconnus, il en résulte une » présomption très-forte qu'il n'appartient pas au ma- » riage (1). »

Si cependant des circonstances graves affaiblissent cette présomption, et si on lui permet de prouver par témoins sa filiation légitime, pourquoi n'accorderait-on pas à ses adversaires qu'il veut dépouiller une preuve contraire dans la plus grande latitude?

« La preuve de maternité qui aurait été faite contre la » femme, n'est pas une preuve de paternité contre le mari. » En effet, la preuve de la maternité s'établissant sur le » fait de l'accouchement d'un enfant qui est le même que » celui qui réclame, il n'en résulte aucune possession d'é-

(1) Exposé des motifs.

» tat, aucune reconnaissance du père, aucun titre (1). »

Ajoutons que lorsque l'enfant qui réclame n'a en sa faveur ni titre ni possession, la présomption qu'il n'est pas né du mariage détruit ou au moins affaiblit beaucoup la présomption d'une paternité légitime; qu'alors c'est de l'examen des autres preuves que doit dépendre seulement l'état, et que, par conséquent, si celui-ci jouit de la plus grande latitude dans les preuves qu'il est autorisé à faire pour le soutien de son attaque, il est juste que ses adversaires reçoivent le même avantage pour le soutien de leur défense.

Ce sentiment d'équité a servi à dicter la disposition de l'article 325.

« En réservant ainsi aux parents, soit du père, soit de la mère, disait Lahary, dans son rapport au Tribunat, la faculté de prouver contre l'enfant qu'il n'est ni l'enfant de la mère, ni même l'enfant du mari de la mère, la loi n'a fait qu'établir un principe de justice fondé sur la réciprocité. Comment, en effet, en donnant à l'enfant tous les moyens de prouver son état, la loi aurait-elle refusé aux parents les moyens de repousser une prétention qui les dépouillerait de leurs propriétés, et admettrait parmi eux un être qui n'appartiendrait pas à leur famille? L'ancienne jurisprudence, il est vrai, n'accordait pas ce même avantage aux héritiers. Mais il suffit, pour justifier cette légère innovation, d'observer qu'elle est basée sur les principes de la justice et sur l'intérêt de l'ordre social (2). »

812. On peut faire observer que, dans l'espèce de l'art. 325, les adversaires de l'enfant sont plus favorisés que dans le cas du désaveu, puisque dans ce dernier cas, quoique l'accouchement ait été caché au mari, l'enfant ne peut être désavoué que lorsque la mère est convaincue d'adultère.

Mais on doit remarquer que les règles sur le désaveu et celle

(1) Exposé des motifs.

(2) V. Législat. civ. de Locré sur l'art. 325, commentaire 10, n° 24.

de l'art. 325 ne devaient pas être les mêmes, parce qu'elles ne s'appliquent pas aux mêmes circonstances.

L'enfant exposé au désaveu est en possession d'état ; il n'attaque pas, il se défend ; comme défendeur il conserve sa possession et les avantages qui y sont attachés tant que le désaveu n'est pas formé et même tant qu'il n'est pas jugé. Si le désaveu est négligé ou abandonné son état lui reste ; et comme l'ordre social exige que l'état des personnes ne soit pas trop légèrement troublé, qu'il ne soit pas aussi trop longtemps incertain, la faculté du désaveu a dû être restreinte à certains cas, et la durée de l'action limitée à certain délai.

Mais il n'en est pas ainsi de l'enfant qui réclame un état dont il ne jouit pas. Ignorées tant qu'il ne les exerce pas, ses prétentions peuvent être, même après l'action, considérées comme fausses par ceux contre lesquels il les élève. Ceux-ci n'ont pas de désaveu à former ; ils n'ont qu'une réclamation à repousser. Ils sont défendeurs seulement dans ce second cas ; et comme tels ils peuvent se borner à dénier l'état réclamé et à répondre par une preuve contraire à la preuve directe que l'enfant obtient. Les règles sur le désaveu doivent donc leur rester étrangères.

Telle est l'opinion de Locré. Telles sont celles aussi de Toullier et de Duranton (1).

Il résulte de cette théorie que pour écarter par la preuve contraire la réclamation de l'enfant, le mari ou ses héritiers ne sont pas dans la nécessité d'établir l'impossibilité physique de cohabitation qu'exige l'article 312. L'impossibilité morale sera suffisante, et les tribunaux pourront reconnaître cette impossibilité morale dans tous les faits et toutes les circonstances propres à éloigner l'idée du rapprochement des époux (2).

C'est dans ce sens que la question a été jugée par la Cour de

(1) Locré, Esprit du Code, p. 121 ; Duranton, t. 3, n° 137 ; Toullier, t. 2, n° 394.

(2) Toullier, n° 895.

Rouen, le 26 juillet 1838, dans une espèce même d'autant plus remarquable que le père réclamé avait reconnu l'enfant après la mort de son épouse qui était la mère. Mais cette épouse avait depuis long-temps quitté le domicile marital et était allée habiter dans une autre ville, chez un autre individu qui, dans l'acte de naissance de l'enfant, avait été déclaré son père naturel : l'enfant n'avait pas la possession de la filiation légitime. Son état lui fut contesté par les enfants légitimes du père qu'il réclamait et qui l'avait reconnu. Et malgré la reconnaissance de celui-ci la réclamation fut rejetée (1).

Nous avons dit que la filiation légitime de celui qui n'avait ni titre ni possession d'état pouvait être établie par la preuve testimoniale, lorsqu'il y avait un commencement de preuve résultant de présomptions graves.

Nous devons ajouter que l'appréciation de ces présomptions est abandonnée aux tribunaux ; que si elles leur paraissent suffisantes, ils peuvent ordonner la preuve demandée ; que dans le cas contraire ils peuvent la refuser, et que leur décision, quelle qu'elle soit, ne peut donner ouverture à cassation. C'est ce qu'a déclaré plusieurs fois la Cour régulatrice, notamment par arrêts des 16 novembre 1825 et 12 décembre 1827 (2).

Section IV.

De l'action en réclamation d'état.

SOMMAIRE.

813. *Division. — Trois paragraphes.*

813. Après avoir déterminé les preuves de la filiation lé-

(1) V. cet arrêt dans Sirey, 38. 2. 401. V. aussi les motifs de l'arrêt de Bordeaux, imprimé à la suite, p. 406.

(2) V. ces arrêts dans le Journal de Sirey, t. 26. 1. 453, et 28. 1. 172 ; et dans celui de Dalloz, t. 25. 1. 59.

gitime, il est dans l'ordre des idées d'examiner comment on doit les faire valoir, c'est-à-dire de s'occuper des actions en réclamation d'état et des personnes auxquelles ces actions appartiennent, de celles qui ont le droit de les contester, des tribunaux qui doivent en être saisis et des effets de leurs jugements.

Cet examen sera l'objet des trois paragraphes suivants.

---

§ Ier.

Des personnes auxquelles appartiennent les actions en réclamation d'état.

SOMMAIRE.

814. *A qui appartient l'action en réclamation d'état?*
815. *L'action en réclamation d'état est imprescriptible pour l'enfant.* (*Art.* 328.) *Motifs.*
816. *L'enfant ne peut y renoncer même par transaction.*
817. *Celui qui jouit d'un état usurpé ne peut le prescrire.*
818. *Mais s'il jouit en vertu de son acte de naissance un désaveu est nécessaire.*
819. *Mais la prescription peut être opposée relativement aux biens.*
820. *Les droits de l'enfant en réclamation d'état se transmettent-ils à ses héritiers?* (*Art.* 329-330.) *Distinction.*
821. *L'enfant mineur peut-il se désister au préjudice de ses héritiers?*
822. *De la discontinuation des poursuites pendant les trois ans dont parle l'art.* 330.
823. *Opinion de Duranton sur ce point, et réfutation de cette opinion.*
824. *L'action en réclamation d'état peut-elle être intentée par les donataires, légataires ou créanciers de l'enfant?*
825. Quid *par les enfants naturels de celui-ci?*
826. *Erreur de Duranton qui refuse l'action aux donataires et légataires particuliers.*

814. Ces actions appartiennent à l'enfant et à ses héritiers.

A l'enfant lui-même perpétuellement;

A ses héritiers dans certains cas.

815. L'action accordée à l'enfant lui-même est perpétuelle ; car aucune prescription ne peut la détruire, aucune transaction ne peut l'effacer.

L'imprescriptibilité de l'action est déclarée par l'art 328. En voici les termes :

rt. 328. « L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'*égard de l'enfant* (1). »

Cette règle est empruntée du droit romain ; elle y était exprimée directement ou indirectement dans plusieurs lois, et elle s'appliquait aussi aux héritiers de l'enfant.

Le Code civil l'a restreinte à l'enfant seul.

« *Usu capionem recipiunt maximè res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis, populi Romani et civitatum*, item liberis hominibus. L. 9, *ff. de usurpat. et usucap.* »

On peut consulter aussi la L. 1, § 4, *ff. nè de statu defunctorum*, et la loi 7, C. *de ingenis manumissis*.

La Cour de Lyon avait attaqué le principe. Elle avait demandé pourquoi une action si dangereuse serait-elle seule imprescriptible ? Pourquoi si elle est interdite aux héritiers de l'enfant quand il n'a pas réclamé dans les cinq ans après sa majorité, ne lui serait-elle pas interdite à lui-même après ce laps de temps. Il est si important qu'une action, qui peut porter tant de trouble dans les familles, soit exercée dans un temps rapproché où il est plus facile de vérifier les faits ; qu'elle soit dirigée pendant la vie des prétendus auteurs du délit, pour qu'ils puissent y défendre (2). »

Trois motifs, dit Locré, firent rejeter cette observation :

La situation du réclamant ;

L'objet de la prescription ;

L'intérêt de la morale.

C'est dans le discours de l'orateur du Gouvernement et

(1) V. pour la législation étrangère l'annotation mise sur l'art. 319 du Code civil à la section *des preuves* de la filiation légitime.

(2) Locré, Esprit du Code, t. 5, p. 131, éd. in-4°.

dans ceux des orateurs du Tribunat que se trouve le développement de ces sages motifs.

La situation du réclamant :

« Un enfant dépouillé de son état, du titre qui devait l'établir, de la possession qui devait l'assurer et des preuves qui peuvent le mettre en évidence, vivra long-temps et mourra peut-être dans cette privation absolue, parce que les chances fortuites de l'avenir peuvent seules le conduire à la découverte.

» Il serait absurde de fixer à sa réclamation un délai rigoureux, qu'il n'est point dans ses facultés personnelles de rendre utile. La règle établie à cet égard n'a jamais été contredite ; l'action en réclamation d'état est imprescriptible ; mais ce privilége n'est établi qu'en faveur de l'enfant (1). »

L'objet de la prescription :

« La prescription est fondée sur l'intérêt public qui exige que les propriétés ne restent pas toujours incertaines.

» Il ne s'agit pas ici d'une simple propriété ; l'état civil affecte les personnes et les biens. C'est un intérêt qui doit l'emporter sur tous les autres.

» Pour que l'état civil cesse de rester incertain, il faut que l'on puisse toujours, afin de le fixer, recourir aux tribunaux.

» La même faveur ne doit pas s'étendre aux héritiers. Il ne s'agit pas pour eux d'obtenir le rang d'enfant légitime (2). »

L'intérêt de la morale :

« Si vous voulez introduire des mœurs pures dans la société, dit un ancien, honorez particulièrement le mariage. » Et pouvait-on l'honorer davantage qu'en plaçant le mariage au nom des propriétés imprescriptibles (3) ? »

(1) Discours de Duveyrier, Législat. civ. de Locré, commentaire 11 sur l'art. 328, n° 28.

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs. V. même ouvrage, commentaire 9, n°s 25 et 26.

(3) Discours de Lahary, même ouvrage ; commentaire 10, n° 26.

Les auteurs sont, en général, d'accord qu'il ne peut acquérir par prescription l'état usurpé (1).

Cette opinion est vraie, mais elle exige une explication.

818. Si l'enfant a en sa faveur son acte de naissance, l'état que lui assure cet acte ne peut lui être enlevé que par un désaveu formé contre lui, soit par le mari soit par les héritiers de celui-ci, dans les cas prévus par les art. 312, 313, 314 et 316, et dans les délais fixés par les art. 316 et 317.

Si cet individu n'a pas de titre de naissance, mais qu'il ait une possession d'état constante, caractérisée par les faits indiqués dans l'art. 312 du Code civil ou par des faits semblables, et accompagnée de la preuve que ses père et mère vivaient publiquement comme mari et femme, on ne concevrait guère comment il serait possible, surtout après trente ou quarante ans de possession, d'attaquer l'état dont aurait ainsi publiquement joui cet individu.

Serait-on admis à prouver qu'il ne pouvait y avoir de mariage entre le père et la mère désignés, ou que leur mariage était nul l'un d'eux étant déjà engagé dans les liens d'un autre mariage ?

Mais l'argument serait repoussé par les principes sur le mariage putatif. Car la preuve de l'existence d'un autre mariage pour l'un des père et mère désignés n'établirait pas qu'un second mariage n'a pas existé entr'eux ; et comme celui qui était libre serait présumé de bonne foi, la possession d'état de l'enfant serait légitime et ne permettrait pas de lui contester cet état.

Pour que la contestation eût du succès il faudrait prouver aussi la mauvaise foi des père et mère indiqués par cette possession d'état, c'est-à-dire démontrer ou qu'ils savaient l'un et l'autre que leur mariage était nul, ou qu'ils vivaient publiquement comme mari et femme sans être reellement

(1) V. Duranton, t. 3, n° 145 ; Proudhon, t. 2, p. 81 ; Toullier, t. 2, n° 908.

mariés. Or de telles preuves seraient fort difficiles, surtout s'il s'était écoulé un temps considérable depuis le décès des personnes de l'union desquelles prétendrait provenir celui qui aurait en sa faveur une ancienne possession d'état.

Cette question a de l'analogie avec celle examinée par M. Merlin sur l'art. 197 du Code civil, dans son Répertoire, au mot *Légitimité*, sect. 1re, § 2, 9e question.

M. Merlin y démontre, contrairement à l'opinion de M. Toullier, que c'est à celui qui conteste la légitimité de l'enfant qui a la possession d'état, à prouver non-seulement la nullité du mariage des père et mère, mais encore la mauvaise foi de ceux-ci.

La faveur de la légitimité a fait juger le 18 décembre 1837, par la Cour de Paris, que la présomption de légitimité, résultant de la possession d'état d'enfant légitime, conforme à l'acte de naissance, dans un cas où les père et mère étaient décédés après avoir vécu publiquement comme époux, n'était pas détruite par la production d'un acte irrégulier de célébration de mariage des père et mère, ceux-ci ayant pu réparer le vice de la célébration par un autre acte plus régulier. Le mariage n'avait pas été célébré devant l'officier de l'Etat civil, mais seulement devant un ministre protestant, à Paris, le 24 août 1819 (1).

Nous croyons qu'il serait fort difficile d'attaquer, après une longue série d'années, celui qui aurait en sa faveur la possession indiquée dans l'art. 320, et qu'il ne serait, sous aucun rapport, permis de contester l'état de celui qui s'appuierait sur un titre de naissance conforme, à moins que, dans les deux cas, on ne prouvât non-seulement la non-existence ou la nullité du mariage, mais encore la mauvaise foi des deux prétendus époux.

Mais nous pensons aussi que la prescription la plus longue

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 38. 2. 113.

ne pourrait acquérir un état à celui qui l'usurperait frauduleusement.

Ainsi l'individu qui aurait pris le nom d'un autre, qui se serait fait passer pour le fils de tel père et de telle mère n'aurait pu acquérir par la prescription un état qui ne lui appartiendrait pas, tout comme il n'aurait pu perdre celui que la nature et la loi lui donneraient.

C'est en ce sens qu'on peut dire que la prescription ne peut lui servir ni lui être opposée.

Et remarquez que cette idée n'a rien de contraire à la lettre de la règle suivant laquelle l'action en réclamation d'état est imprescriptible à son égard. Car il est évident qu'il ne pourrait acquérir un nouvel état de famille sans perdre l'ancien. On ne peut, en effet, dans l'ordre de la nature et de la loi, être considéré tout à la fois comme fils de deux mères différentes; et puisqu'on ne peut perdre devant la loi l'état de fils de la mère qui nous a donné le jour on ne peut aussi, par cela même, acquérir légalement celui de fils d'une autre mère.

Des raisons d'un autre ordre mais aussi puissantes, s'opposeraient à l'acquisition comme à la perte par la prescription de l'état d'époux. La plus longue cohabitation ne pourrait l'acquérir parce que le droit public et les bonnes mœurs réclameraient sans cesse contre une pareille possession.

La plus longue séparation ne pourrait aussi le faire perdre sans un divorce, parce que le mariage est indélébile.

C'est sous ces divers rapports que l'état de l'homme, tant qu'il est vivant, est imprescriptible.

819. Mais si la qualité de fils, d'époux, ne peut s'acquérir, ni se perdre par la prescription, il n'en est pas de même des avantages pécuniaires qui peuvent s'y rattacher, de successions, par exemple, auxquels elles donnent droit.

Ainsi l'individu qui, ayant négligé de réclamer son état aurait souffert qu'un autre s'emparât sous son nom d'un pa-

trimoine auquel il aurait droit, recouvrerait, sans nul doute, en vertu de l'art. 328, l'état dont il aurait été privé pendant plus de trente ans; mais il n'obtiendrait pas le patrimoine; les biens seraient acquis au possesseur trentenaire que n'en priverait pas même sa mauvaise foi. (V. l'art. 2262 du Code civil.)

La raison en est que, si l'état des personnes n'est pas dans le commerce, le domaine des biens y entre (1).

L'avantage matériel qui résulterait du recouvrement de l'état se réduirait aux successions futures ou à celles dont l'ouverture ne remonterait pas à trente ans de prescription utile.

Les mêmes motifs s'appliqueraient aux transactions et à toute espèce de conventions relatives aux biens que l'individu, qui aurait une réclamation d'état à exercer, pourrait obtenir par son succès; car le traité laisserait intact l'état de la personne; il ne porterait hypothétiquement que sur des objets qui seraient dans le commerce.

820. Tout ce que nous venons de dire ne s'applique pas aux héritiers.

En général, il est vrai, les héritiers succèdent aux droits et aux actions du défunt. Mais il est des priviléges attachés à la personne de celui-ci, que la loi peut leur refuser ou qu'elle peut restreindre.

Il eût été dangereux d'étendre jusqu'à eux le privilége de l'imprescriptibilité. « Car il est un terme où toute incertitude doit cesser pour le repos social toujours intimement lié au repos des familles. Une inquiétude prolongée serait plus funeste que le mal même qu'on voudrait réparer (2). »

Ce terme pour le défunt était la durée de sa vie. pour les héritiers il aurait été indéfini.

Ces raisons puissantes ne permettaient pas d'admettre

(1) V. les auteurs ci-dessus cités.
(2) Discours du tribun Duveyrier.

parmi nous l'imprescriptibilité que la législation romaine accordait aux héritiers.

Il y a plus; l'ordre public a paru exiger que leur action fût soumise à de certaines restrictions.

« Les héritiers de l'enfant ne méritaient pas la même faveur de la loi. Ils n'ont pas, comme lui à revendiquer l'honneur de la légitimité. Presque toujours leur demande à cet égard n'a d'autre objet que l'appât d'une succession; aussi, la loi a pu, sans injustice, mettre des bornes à leurs poursuites (1).

» Leurs prétentions contre la famille dans laquelle ils veulent entrer doivent dépendre de la conduite qu'a tenue envers cette famille celui qu'ils représentent.

» Si l'action a été intentée par l'enfant, les héritiers la trouvent au nombre des droits qu'ils ont à exercer dans sa succession.

» Mais si on peut induire de la conduite de l'enfant qu'il n'ait pas cru avoir des droits, ou qu'il s'en soit désisté, les héritiers ne doivent plus être admis à s'introduire dans une famille à laquelle leur auteur lui-même s'est regardé comme étranger (2). »

Tels sont les sages motifs qui ont dicté les articles 329 et 330 du Code civil, sur l'action en réclamation d'état accordé aux héritiers de l'enfant.

Art. 329. « L'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé qu'autant qu'il est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité. »

Art. 330. « Les héritiers peuvent suivre cette action, lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de procédure. »

L'article 329 est une dérogation à la règle générale écrite au titre des Successions, dans l'article 724, suivant lequel

(1) Discours du tribun Lahary.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs.

les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt.

Les deux articles présentent trois sortes de fins de non-recevoir contre l'action des héritiers. Ces exceptions ont toutes leur principe dans l'intention présumée ou exprimée du défunt.

« Il sera présumé n'avoir jamais eu l'intention de réclamer, s'il est mort sans l'avoir fait, après cinq années de majorité. » 1re fin de non-recevoir (1).

Le décès de l'enfant pendant sa minorité n'élève contre ses héritiers aucune fin de non-recevoir, parce que son inexpérience et la faiblesse de son âge ne lui permettant pas de se désister valablement de ses droits par un consentement formel, il peut encore moins les abandonner légalement par un consentement tacite.

Il est d'ailleurs supposé n'en avoir pas été instruit ou n'avoir pu les exercer pendant sa minorité.

Mais cinq années de majorité lui offrent un délai suffisant pour s'informer de sa position sociale, et pour réclamer l'état qui lui appartient sans qu'il en jouisse.

Son silence pendant cet intervalle ne peut lui nuire à lui-même; mais il nuit à ses héritiers, parce qu'on suppose qu'il n'a pas voulu leur transmettre un droit qu'il savait ne pas avoir ou qui lui paraissait douteux.

La fin de non-recevoir est absolue contre les héritiers.

En vain ceux-ci, pour l'écarter, prétendraient-ils et offriraient-ils de prouver que le défunt ignorait ses droits, et que cette ignorance a été la seule cause de son silence.

L'argument ne serait pas écouté, parce que l'article ne fait aucune distinction; parce que ce serait détruire la règle que d'en faire dépendre l'exécution des incertitudes d'une preuve testimoniale sur l'ignorance dans laquelle serait mort l'enfant; parce que cette ignorance, au moins absolue,

(1) Exposé des motifs.

n'est pas vraisemblable ; parce que, d'ailleurs, le législateur, dans la disposition générale qu'il a émise, s'est déterminé non-seulement par la consideration de ce qui arrive le plus souvent, mais encore par la nécessité d'assurer le repos des familles.

Les descendants de l'enfant seraient eux-mêmes écartés, quoiqu'ils ne prétendissent pas aux biens auxquels leur aurait donné droit le succès de la réclamation d'état, quoiqu'ils se contentassent de l'avantage de porter le nom de la famille, et d'y recueillir les droits qui s'ouvriraient à l'avenir.

Ces modifications, en effet, ne se concilient pas avec la lettre de la loi ni avec l'esprit qui l'a dictée. Tous les héritiers, quels qu'ils soient, sont sur la même ligne.

La Cour de Metz demandait qu'on fît une distinction entre les héritiers directs et les héritiers collatéraux ; mais cette observation ne fut pas accueillie.

L'état du défunt est, au reste, indivisible, il ne peut exister pour les uns et pour une partie des droits qu'il attribuerait et ne pas exister pour les autres et pour le surplus de ces droits (1).

Mais la fin de non-recevoir ne s'applique qu'aux héritiers de l'enfant qui n'aurait eu de son vivant ni titre ni possession d'état.

Car si la filiation légitime de cet enfant était établie par un acte de naissance, et que l'identité ne pût pas être sérieusement contestée, si même sans être muni de ce titre il était mort en possession constante de l'état d'enfant légitime, quoiqu'il fût décédé sans avoir réclamé les droits et les biens que cette filiation légitime lui attribuait, il n'en aurait pas moins été légalement saisi avant sa mort, et il les aurait transmis intégralement à ses héritiers.

Dans un tel cas, en effet, il n'aurait pas d'état à réclamer

(1) Esprit du Code civil, t. 5, p. 134; Duranton, t, 3, n° 151.

puisque son état lui était assuré par un titre ou par la possession d'état ; le titre même présentât-il quelque erreur, quelque omission, c'eût été seulement une demande en rectification des registres à former de sa part ; il n'avait pas d'état à acquérir ni par conséquent d'action à intenter ; il avait seulement un état déjà acquis à conserver, et il ne pouvait en être privé que par un désaveu. Sa négligence à réclamer des biens que son état lui attribuait ne pourrait être assimilée au silence de celui qui aurait à rechercher un état dont il serait dépourvu, et quelque long qu'eût été ce silence, ses héritiers directs ou collatéraux seraient autorisés à revendiquer comme il l'aurait pu lui-même, les biens et les droits dont il était propriétaire quoiqu'il n'en fût pas en possession (1).

La question a été ainsi jugée par arrêt de la Cour de Pau, du 9 mai 1829 (2).

Si l'enfant est décédé étant encore mineur ou dans les cinq ans de sa majorité, toute présomption cesse. L'action qu'il avait passe entière à ses héritiers ; seulement comme la loi ne la déclare pas imprescriptible à leur égard, comme les termes même dans lesquels est rédigé l'art. 328, restreignent à la personne de l'enfant le privilége de l'imprescriptibilité, enfin comme les priviléges ne s'étendent pas d'un cas à un autre, les héritiers rentrent dans le droit commun, et leur action n'a que la durée ordinaire de l'exercice des actions et des droits. Elle se prescrit par 30 ans à dater du décès de l'enfant. (Code civil, article 2262.)

La seconde fin de non-recevoir contre les héritiers, résulte du désistement formel qu'aurait donné l'enfant de l'action qu'il aurait lui-même exercée.

Il serait surabondant de faire observer que ce désistement serait insignifiant contre lui-même, celui-ci ne pouvant renoncer, à son préjudice, à un état, à un droit qui, à son égard,

(1) Duranton, *ibid*, n° 152.
(2) Sirey, 30. 2. 57.

n'est pas dans le commerce. Malgré le désistement il pourrait renouveler sa réclamation comme nous l'avons déjà prouvé.

Mais le désistement est tout-puissant contre les héritiers.

Le texte de l'article 330, et les discussions qui l'ont préparé sont décisifs sur la question. On a pensé que l'enfant n'avait pas voulu transmettre à ses héritiers une action dont il s'était formellement désisté lui-même.

821. Mais pour produire la fin de non-recevoir, il faut que le désistement émane d'un enfant majeur et capable de contracter ; s'il était mineur, s'il était interdit, le désistement serait comme non avenu, parce qu'il ne pourrait donner un consentement valable.

On ne pense même pas qu'il pût valoir, pas plus contre les héritiers que contre l'enfant, quoi qu'il eût été autorisé par une delibération du conseil de famille, et homologué par la justice, comme cela peut arriver dans les matières ordinaires.

D'une part, les tribunaux se refuseraient, sans doute, à une homologation qui serait contraire aux principes sur lesquels est fondé l'article 328, et qui tendrait à donner une force légale et irrévocable à une espèce de transaction définitive que la loi ne permettrait même pas à un majeur.

D'une autre part, l'effet du désistement dont parle l'article 330 est fondé sur la volonté formelle de l'enfant lui-même. Or, un désistement, fait au nom d'un mineur, d'un interdit, serait moins l'œuvre de sa volonté personnelle que celle de son tuteur et de ses parents qui pourraient avoir été entraînés par des considérations de famille ou par celles des difficultés, des longueurs et des frais de la contestation.

Or, ces considérations, qui sont décisives dans les procès ordinaires, peuvent être moins graves dans des questions d'état. L'enfant aurait pu ne pas s'y arrêter.

Il suffit, d'ailleurs, que le désistement ne soit pas son ouvrage pour qu'il ne puisse être opposé à ses héritiers.

822. Nous exprimerons la même opinion sur la discontinuation des poursuites, pendant trois ans, dans un procès qu'aurait intenté, pour réclamer son état, non l'enfant lui-même étant majeur, mais son tuteur pour lui pendant sa minorité.

Cette discontinuation de poursuites ainsi prolongée forme la troisième fin de non-recevoir établie par l'article 330 du Code contre les héritiers.

Nous savons que cette exception est fondée sur l'intention présumée de l'enfant.

« L'intention de se désister sera présumée, respectivement aux héritiers, si l'enfant a laissé trois années s'écouler sans donner suite à la procédure (1). »

Or, si l'enfant est mineur, il est impossible qu'on lui présume une intention réfléchie et par conséquent légale. Il ne peut donner un désistement formel ; comment pourrait-il en donner un tacite? Le désistement intentionnel suppose un consentement ; et puisque la loi ne lui permet pas de consentir, comment pourrait-elle lui prêter une intention qui aurait plus d'efficacité qu'une déclaration même positivement exprimée?

Au reste, la discontinuation des poursuites pendant la minorité est moins l'effet de la volonté du mineur que celui de la négligence du tuteur ou de ceux qui agissent pour lui.

On ne doit donc en tirer aucune conséquence contre les héritiers.

Mais, dira-t-on, les lois sur la procédure éteignent l'instance par discontinuation de poursuites pendant trois ans. (V. l'art. 397 du Code de procédure.)

Cela est vrai ; mais ces lois ne l'éteignent pas de plein droit. Il faut une demande pour que l'extinction soit acquise. (Même Code, art. 399.)

(1) Exposé des motifs.

Mais ces lois, d'ailleurs, n'éteignent pas l'action, excepté en cause d'appel. (V. les art. 401 et 469.)

L'art. 330 du Code civil, au contraire, a une disposition absolue qui n'exige pas que la péremption soit demandée pour être acquise; qui assimile la discontinuation des poursuites pendant trois ans à un désistement formel, et qui ne permet, par conséquent, aux héritiers, ni de suivre l'action commencée, ni d'en intenter une nouvelle.

On doit donc penser que l'art. 330 s'applique seulement aux instances commencées ou suivies par un majeur, et pour lesquelles il y aurait eu trois années de discontinuation de poursuites pendant la majorité.

Il faut reconnaître cependant que l'adversaire du mineur aurait la faculté, en vertu des lois sur la procédure, de demander, même pendant la minorité du demandeur, la péremption de l'instance. Car, en procédure, les règles sur la péremption peuvent être invoquées contre les mineurs comme contre les majeurs.

Mais quel serait l'effet de cette péremption si elle était obtenue?

D'éteindre l'instance, non l'action? En sorte que cette instance serait considérée comme n'ayant jamais existé et qu'il dépendrait soit de l'enfant soit des héritiers d'en former une nouvelle qui devrait être examinée et jugée comme si elle était la première.

Si donc cette nouvelle instance était intentée par les héritiers, il faudrait vérifier la position de l'enfant au moment de son décès, et le temps qui se serait écoulé depuis cette époque, conformément à l'art. 330.

Était-il encore mineur alors, l'action sera recevable.

Était-il majeur à sa mort, mais son décès remontait-il à moins de cinq ans, ses héritiers pourront agir nouvellement.

Les deux circonstances de la majorité au moment du décès et de cinq ans de silence depuis se trouvent-elles réu-

nies, l'action nouvelle ne sera pas recevable. Bien entendu que dans ce dernier cas l'instance en péremption ne suspendra pas le délai de cinq ans.

En un mot, pour interpréter sainement les deux articles 329 et 330, il faut les combiner entre eux et considérer que, dans les trois fins de non-recevoir qu'ils établissent, ils ne parlent pas de la minorité de l'enfant, qu'ils ne rappellent, au contraire, cette minorité dans l'art. 329, que pour exclure la fin de non-recevoir dans ce cas.

On conclura de cette combinaison que les deux exceptions, posées dans l'art. 330, ne s'appliquent, comme celle dont parle l'art. 329 qu'aux héritiers d'un majeur; que pour les priver de cette action il faudrait que leur auteur eût été majeur, et qu'après l'avoir intentée ou suivie pendant sa majorité, il s'en fût désisté formellement ou qu'il eût discontinué ses poursuites pendant trois années.

823. M. Duranton examine si la fin de non-recevoir établie par l'art. 330 doit être considérée comme la péremption ordinaire admise par les lois sur la procédure et si elle doit être limitée aux mêmes effets; et il adopte l'affirmative.

Il motive son opinion sur ce que si « une loi, appliquée » à un cas, est en harmonie avec les autres lois de la ma- » tière, et qu'étendue à un autre elle les blesse ouverte- » ment, la raison et les principes du droit veulent que l'on » en restreigne l'application au premier. »

Il ajoute que « comme la disposition aurait très-bien son » effet au cas où l'enfant qui a discontinué ses poursuites » serait mort après les cinq ans qui ont suivi sa majorité » sans les avoir reprises, parce qu'il serait censé, aux ter- » mes de l'art. 401 du Code de procédure, ne les avoir jamais » commencées et que s'appliquerait alors l'article 329 du » Code civil, il n'y a pas nécessité de supposer que le légis- » lateur ait entendu s'écarter des principes ordinaires sur » les péremptions d'instances. »

Il assimile la discontinuation des poursuites à un simple désistement de la demande, similitude qu'il croit trouver dans le Code de procédure entre le désistement et la péremption ordinaire, et il pense que, si l'enfant meurt avant l'âge de 26 ans, ses héritiers peuvent former une nouvelle action malgré le désistement ou la discontinuation des poursuites pendant trois ans.

Il ne lui paraît pas, d'ailleurs, que cette discontinuation des poursuites puisse être assimilée « à une renonciation du » droit ou à une reconnaissance qu'il n'existe pas. »

Enfin, il remarque que « si le successeur, qui avait lui-» même exercé l'action, discontinue ses poursuites pendant » trois ans, il ne serait pas déchu. Car la loi ne le dit pas. » Or devrait-il être traité plus favorablement, lorsque ce » serait lui-même qui aurait négligé ses poursuites, que » lorsque c'est son auteur (1)? »

Tels sont les principaux arguments sur lesquels M. Duranton appuie son système.

Nous l'avouerons, ces arguments ne nous touchent pas; ils nous paraissent, au contraire, tout à fait subversifs de la lettre et de l'esprit de l'art. 330 du Code civil.

Et d'abord, sans nous appuyer beaucoup sur la circonstance que, dans l'art. 330 le législateur ne s'est pas même servi du mot *péremption*, expression pourtant très-caractéristique et très-usitée, nous dirons que les principes du droit civil ne doivent pas être confondues avec les règles sur la procédure, et qu'il est peu rationnel de penser que le législateur ait voulu introduire dans un Code uniquement destiné à déterminer les droits de chacun, des dispositions qui n'auraient trait qu'au mode de leur exercice et à des actes de pure forme.

Mais en supposant même qu'il eût donné pour certains cas spéciaux des exemples de cette confusion de choses si

(1) Duranton, Droit français, t. 3, n° 157.

distinctes dans leur essence, on demandera de quelle utilité il pouvait être d'insérer, au titre de la Filiation légitime, un article purement réglementaire sur la péremption de l'instance en réclamation d'état, et un article absolument conforme à tout ce qui était déjà déterminé pour toutes les instances en général par d'anciennes ordonnances et par un règlement du 28 mars 1692 qui avait force de loi, à tout ce qui se pratiquait journellement, à tout ce qui devait être aussi réglé de nouveau et spécialement par un Code de procédure dont on s'occupait déjà, et où certes on ne pouvait pas supposer qu'on négligerait les principes admis depuis plusieurs siècles sur la péremption d'instance?

Ces premières observations suffiraient déjà pour faire reconnaître qu'il est impossible que les savants légistes, qui ont concouru à la rédaction du Code de procédure, n'aient pas eu la pensée d'établir dans l'article 330 quelque chose de plus qu'une péremption ordinaire d'instance.

Mais la lettre de l'article, les dissertations qui l'ont élaboré, les discours qui en ont exposé le but, tout se réunit pour battre en ruines le système de M. Duranton.

La lettre de l'article 330 n'a rien de conforme aux termes de l'article 397 et suivants du Code de procédure sur la péremption des instances ordinaires, à l'exception seulement du délai qui, dans les deux dispositions, est fixé à trois années.

D'après l'article 330, pour que les héritiers puissent poursuivre l'action commencée par l'enfant, il faut qu'il ne se soit pas écoulé trois années sans poursuites. Ainsi, l'instance est éteinte de plein droit dès l'instant où les trois années sont expirées. Il n'est pas besoin de demande pour faire prononcer cette prétendue péremption, et les héritiers ne peuvent la relever en reprenant les poursuites avant que leurs adversaires aient annoncé vouloir profiter de l'échéance du délai.

D'après le Code de procédure, qui n'a fait que consacrer

la jurisprudence antérieure du Parlement de Paris, la péremption n'a pas lieu de droit; elle se couvre par des actes valables faits par l'une ou l'autre des parties avant qu'elle soit demandée, et cette demande est indispensable pour qu'elle soit acquise. (V. les articles 399 et 400.)

Suivant l'article 330 du Code civil, c'est contre les héritiers seuls que la loi prononce la déchéance, et non pas encore dans tous les cas, seulement dans le cas prévu de défaut de poursuites par l'enfant lui-même pendant trois années.

Suivant le Code de procédure, la péremption s'appliquerait à tous les cas, à toutes les personnes, à l'enfant comme à ses héritiers, et à ceux-ci soit qu'ils eussent eux-mêmes intenté l'action soit qu'ils ne fussent qu'appelés à la suivre en leur qualité,

L'article 330 n'augmente pas le délai qu'il fixe quels que soient les changements d'état des parties, et quoique le procucureur *ad lites* de l'une d'elles cesse ses fonctions.

Le Code de procédure, au contraire, proroge, dans tous ces cas, le délai de la péremption, de six mois complets.

Les différences entre les deux dispositions législatives sont donc, dans leurs termes, aussi nombreuses que frappantes.

Ces différences ne sont pas moins caractérisées dans les motifs qui les ont dictées, dans les effets qu'elles produisent.

Nous avons déjà énoncé les motifs des deux articles 329 et 330, c'est-à-dire de l'un comme de l'autre,

Car il n'est pas sans importance de faire remarquer que les mêmes motifs ont été appliqués aux deux dispositions par les discussions qui les ont préparées; et cependant on ne peut pas dire que celle de l'article 329 ne constitue qu'une règle de procédure, et qu'on peut l'assimiler à une péremption d'instance. Car cet article refuse l'action aux héritiers; il les prive du droit de réclamer un état que leur auteur n'a pas réclamé lui-même dans les cinq ans de sa majorité. Il

établit, en un mot, contr'eux et contr'eux seuls, non contre l'enfant, une fin de non-recevoir absolue, définitive.

Cette fin de non-recevoir n'est même ni une prescription, ni une péremption, puisqu'elle ne s'applique pas à l'enfant à qui seul appartient l'action pendant sa vie, et qu'elle ne pourrait évidemment alors courir contre des héritiers qui ne peuvent agir eux-mêmes tant que leur auteur existe, tant qu'ils ne sont saisis de rien.

Cette fin de non-recevoir est donc autre chose qu'une prescription, qu'une péremption.

C'est la déclaration faite par la loi aux héritiers qu'ils n'ont pas de droit, et que l'action en réclamation d'état ne leur a pas été transmise, parce que l'auteur est présumé y avoir renoncé pour lui et pour eux.

Or, telle est précisément la cause de la règle écrite dans l'art. 329 ; telle aussi celle de la règle écrite dans l'art. 330.

Car ces deux règles sont fondées sur le même principe, sur la présomption que l'enfant a renoncé à son droit.

« L'enfant est réputé n'avoir jamais eu intention de ré-
» clamer quand il est mort sans l'avoir fait, » dit l'orateur du Gouvernement, en exposant les motifs de l'article 329.

On présume alors qu'il n'a pas cru lui-même à des prétentions qu'il n'a pas fait valoir.

« Ce n'est pas à ses héritiers à les relever ; ils ne peuvent donc réclamer pour lui (1). »

Ce que les législateurs disent sur l'article 329, ils le répètent en termes presque identiques sur l'article 330.

« Si on peut induire de la conduite de l'enfant qu'il n'a
» pas cru avoir des droits, ou qu'il s'en soit désisté, les
» héritiers ne devaient *plus être admis à s'introduire dans*
» *une famille* à laquelle leur auteur lui-même s'est regardé
» comme étranger.

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 329; et Exposé des motifs dans la Législ. civ., comm. 9, n° 26.

» Il n'y aura aucun doute à cet égard, si après avoir » intenté son action l'enfant s'en est formellement désisté.

» L'*intention de se désister* sera présumée respectivement aux héritiers s'il a laissé trois années s'écouler sans donner suite à la procédure commencée (1). »

L'orateur Lahary tient le même langage :

« Dans le cas où l'enfant aurait lui-même introduit cette action, mais s'en serait désisté, ou l'aurait négligée pendant trois années, il était tout aussi juste *de refuser aux héritiers la faculté de la reprendre.* »

Ainsi s'il y a désistement formel ou désistement présumé par trois ans de silence de la part de l'enfant ; ses héritiers ne peuvent plus *reprendre l'instance* ; ils ne sont *plus admis à s'introduire dans la famille* que l'enfant avait cessé de réclamer.

Quelle similitude un tel motif, et une aussi rigoureuse conséquence peuvent-ils présenter avec la cause, avec les effets de la péremption ordinaire d'instance.

La péremption en procédure a pour cause, il est vrai, la négligence du demandeur. C'est un moyen introduit pour mettre un terme à l'instance.

Mais ce moyen n'annule que la procédure déjà faite, elle ne punit le demandeur que par des frais ; elle ne le prive pas de son droit ; elle ne lui interdit pas de renouveler son action, si elle n'est pas, d'ailleurs, prescrite par trente ans de silence ; elle n'est pas dirigée seulement contre les héritiers du demandeur primitif : elle n'empêche pas ceux-ci de reprendre les poursuites suspendues par le défunt si leur reprise précède la demande même en déclaration de péremption.

Il n'y a donc entre les deux dispositions ni analogie dans les motifs ou les causes ni similitude dans les conséquences ou les effets.

(1) Exposé des motifs.

Il y a dans les cas prévus par le Code civil, abandon de l'action, désistement du droit, et désistement irrévocable de la part des héritiers.

La comparaison que fait M. Duranton entre ce désistement et celui dont parle le Code de procédure, et l'idée qu'il énonce que ce dernier mode n'éteint pas l'action nécessitent aussi quelques observations.

Le désistement d'une demande, dans une instance ordinaire, lorsqu'il a été donné sans réserve par une personne capable de contracter, et qu'il a été valablement accepté, forme un contrat judiciaire qui emporte renonciation à tout droit, à toute nouvelle action. C'est une vérité élémentaire que la jurisprudence a toujours reconnue lorsqu'elle a été contestée. (Voir un arrêt de la Cour de Paris, du 22 juillet 1813. S., 14. 2. 354.)

Décider le contraire ce serait se jouer des conventions.

Or, est-ce à un tel désistement que l'on peut assimiler celui formel ou tacite qu'établit l'article 330. Certes le désistement ainsi formulé, ainsi accepté dans une instance ordinaire, ne peut être comparé à une simple péremption qui n'éteint que l'instance, tandis que le désistement éteint le droit.

Il est une autre espèce de désistement en procédure ; c'est celui qui est motivé seulement sur quelque irrégularité de forme, et par lequel on déclare se réserver expressément le fond du droit et le renouvellement de l'action.

Mais cette dernière espèce n'a rien d'analogue avec celui dont parle l'article 330 qui, au contraire, comme nous l'avons démontré, est fondé sur la renonciation à l'action même et sur l'abandon formel ou présumé du droit que l'enfant avait d'abord réclamé.

On voit que la comparaison invoquée par M. Duranton, n'est pas heureuse, et qu'elle fortifie notre opinion au lieu de l'affaiblir.

824. Examinons si, lorsqu'il n'y a pas de fin de non-

recevoir, l'exercice de l'action n'est permis qu'aux héritiers naturels de l'enfant ou si elle appartient aussi à ses donataires, à ses légataires, à ses créanciers ?

Les donataires et légataires universels ou à titre universel sont assimilés aux héritiers. Ils ont, en général, les mêmes droits, les mêmes charges. Pourquoi n'obtiendraient-ils pas les mêmes avantages dans toute leur latitude ? Représentant comme les héritiers légitimes la personne du défunt, ils doivent succéder aussi à toutes les actions qui sont transmissibles aux héritiers ordinaires; et par conséquent l'action en réclamation d'état du chef du défunt doit aussi leur appartenir, mais seulement dans les conditions prescrites par les articles 329 et 330.

825. Elle doit aussi, par les mêmes raisons, appartenir aux enfants naturels légalement reconnus.

Bien plus, cette action, dans les cas prévus, existe dans la succession active de l'enfant. Car elle n'est pas attachée à la personne de l'héritier; elle est comprise dans l'hérédité; elle fait partie des droits qui la composent. Et sous ce rapport elle peut être exercée au nom de l'hérédité, par de simples donataires ou légataires particuliers de l'enfant, par de simples créanciers de l'hérédité si leur intérêt le leur commande. Car ces légataires ou donataires, ces créanciers peuvent exercer tous les droits, toutes les actions de la succession leur débitrice, à l'exception de ceux exclusivement attachés à la personne, exception qui ne paraît pas s'appliquer à l'action dont il s'agit, aucun texte de la loi ne le disant, et les discussions préparatoires du Code étant aussi muettes à cet égard.

Duranton et Proudhon accordent l'action aux donataires ou légataires à titre universel, mais en faisant une distinction fort juste relativement aux effets que le succès de cette action pourrait produire. Ils remarquent avec beaucoup de raison, relativement à cette classe de représentants du défunt, qu'ils ne sont qu'une sorte d'héritiers conventionnels,

et que le succès de l'action ne leur donnerait droit que sur les biens échus, sur les successions ouvertes avant le décès de l'enfant (1).

L'observation est exacte. Elle est la conséquence naturelle d'un fait ; savoir que le choix d'un héritier conventionnel ne fait pas passer cet héritier dans la famille du donateur ou testateur, qu'elle n'attribue pas une parenté refusée par la nature, et, par conséquent, quelque naturelle qu'on la suppose, qu'elle ne peut attribuer le moindre droit à des successions non encore ouvertes.

826. Duranton refuse l'action aux créanciers du défunt et à ses légataires particuliers, en reconnaissant cependant qu'elle leur était accordée dans l'ancien droit, et que Merlin la leur accorde même aujourd'hui.

Le seul motif sur lequel se fonde Duranton est que *ce droit ne doit pouvoir être exercé que par la personne ou ceux qui la représentent.*

Mais ce motif n'est pas exact; un créancier ou légataire à titre particulier représente aussi le défunt. Ils ne le représentent pas à titre universel, sans doute, ils n'ont pas le *jus universum et nomen hæredis* en leur faveur ; et sous ce rapport ils ne pourraient agir en leur propre nom. Mais ils ont un titre particulier contre l'hérédité, qui les autorise à réclamer leur paiement aux dépens de tous les biens, de tous les droits compris dans la succession, et qui, par une conséquence nécessaire, leur permet d'exercer les droits de cette succession lorsqu'ils sont négligés par les héritiers, et ce dans le but unique d'obtenir ce qui leur appartient. Leur action ainsi formulée ne pourrait être arrêtée qu'en faisant cesser leur intérêt par le paiement.

Nous n'hésitons pas à adopter l'opinion de M. Merlin, qui s'appuie lui-même sur l'autorité puissante de d'Aguesseau.

(1) Duranton, t. 3, n° 158 ; Proudhon, p. 83.

§ II.

Des personnes qui peuvent contester la réclamation d'état.

SOMMAIRE.

827. *Touchant les personnes qui peuvent contester l'action en réclamation d'état, il faut distinguer de cette action le désaveu.*
828. *Si la réclamation a déjà été jugée avec le père, ou si celui-ci a reconnu la légitimité, elle ne peut plus être contestée par les tiers.*
829. Secus *si le mariage était nul.*
830. *En général pour contester la réclamation d'état, il faut y avoir intérêt.*
831. *Arrêts qui jugent que l'intérêt d'honneur et du nom de la famille suffit.*
832. *Des ascendants du défunt qui y ont intérêt.*
833. *Des collatéraux aussi auxquels des successions pourraient être enlevées.*
834. *Quant aux donataires et légataires il leur faut un intérêt né et actuel.*
835. *Les décisions n'ont force de chose jugée qu'entre les parties qui y figurent.*
836. Quid *s'il y a des décisions opposées ?*
837. Quid *s'il y a doute sur l'état de l'enfant ? — On doit le résoudre par la possession.*

827. Dans l'examen des personnes qui sont admises à contester l'état des enfants, il faut distinguer le cas du désaveu des cas ordinaires.

Pour le cas du désaveu nous renvoyons à ce qui a été dit sur les art. 317 et suivants du Code civil où nous avons indiqué par quelles personnes et dans quelles conditions le désaveu pouvait être formé.

Pour tous les autres cas, il faut d'abord vérifier si déjà la question d'état n'a pas été jugée sans collusion avec le père ou si celui-ci n'a pas reconnu l'enfant sans fraude.

Car il en est alors comme du cas du désaveu pour lequel la reconnaissance du père ou son silence pendant le délai déterminé fixe définitivement le sort de l'enfant.

828. Si donc il est certain que les père et mère de l'enfant étaient *légalement* unis en mariage, et si le fait de la conception pendant le mariage, celui de la naissance de l'enfant et son identité sont constants, si enfin le père a reconnu l'enfant ou si la question d'état a été jugée avec lui, l'état de l'enfant est irrévocablement fixé. Nul n'est admis à le lui contester, parce que le père était le vrai, le légitime contradicteur de la filiation réclamée.

829. Mais pour écarter la contradiction des tiers il faut qu'il soit certain que les père et mère étaient *légalement* unis en mariage.

Car si le mariage n'avait jamais existé ou s'il était nul et d'une de ces nullités d'ordre public, qui, aux termes de l'article 184, peut être proposée par toute personne y ayant intérêt, l'état de l'enfant pourrait aussi être contesté par les tiers, à moins cependant que, dans le cas de nullité, les deux époux ou l'un d'eux n'eussent été de bonne foi. (V. l'article 201 C. civ.)

Dans les deux cas, si l'enfant était en possession de son état, ce serait à ceux qui lui contesteraient son titre à prouver la non existence ou la nullité du mariage. Car c'est à celui qui avance un fait à l'établir, que le fait soit avancé par action directe ou par voie d'exception. D'ailleurs, d'après le droit français comme d'après le droit romain, celui qui est en possession de son état doit le conserver et jouir de tous les avantages qui y sont attachés, tant qu'on ne prouve pas qu'il l'a usurpé.

Dans la loi 14, ff. *de probationibus*, le jurisconsulte romain demande à qui doit être imposée la charge de la preuve, lorsqu'il est question de savoir si un homme est ingénu ou affranchi ; et il répond qu'il faut examiner quelle est la possession.

Si la possession est pour l'état d'affranchi, c'est à celui qui veut sortir de cet état à prouver son ingénuité ; *et si quidem in possessione libertatis fuit, sine dubio ipsum oporte-*

bit ingenuitatis causam agere, docereque se ingenuum esse.

Mais si la possession est pour l'ingénuité, c'est à celui qui la conteste à prouver son allégation contraire.

Sin verò in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, scilicet ejus qui ei in controversiam movet hoc probare debet qui eum dicit libertum suum.

La loi 15 du même titre établit la même règle pour la filiation légitime. Cette loi prévoit le cas où les frères du défunt ont reconnu pour son héritier *ab intestat* un étranger, qui en était réputé fils légitime. Elle dit qu'ils peuvent revenir contre leur erreur, mais que c'est à eux à prouver que cette personne a usurpé son état.

Modestinus respondit cautione absoluti fidei commissi statum ejus qui probari potest à fratribus defuncti filius mortui non esse, maxime confirmatum esse. Sed hoc ipsum à fratribus probari debet.

M. Corberon, procureur-général du Parlement de Metz, soutenait la même doctrine dans son plaidoyer du 12 mars 1693, en s'appuyant sur les lois citées et sur l'article 3 du titre des *Probations* de la Coutume du Berry.

Cette doctrine doit aussi être suivie aujourd'hui; elle n'a pas été modifiée par les lois nouvelles (1).

830. Pour contester l'état de l'enfant il faut avoir en général un intérêt né et actuel.

L'art. 187 du Code civil le veut ainsi pour le cas particulier où la contestation sur l'état est subordonnée à la nullité du mariage.

Les principes généraux le veulent aussi dans les cas ordinaires. L'intérêt est la mesure des actions, a-t-on toujours dit dans le droit français. Voici comment s'exprimait M. Corberon dans le plaidoyer déjà cité :

« Il semble d'abord qu'il n'y ait que celui, qui peut disputer aux enfants la possession des biens laissés par le dé-

(1) V. une dissertation sur la question dans le Répert. de Merlin, au mot *Légitimité*, sect. 3, *in fine*.

fant, qui puisse attaquer leur état et refuser de les reconnaître pour légitimes.

» Cependant la règle la plus sûre pour connaître si celui qui conteste l'état d'un enfant y doit être admis, c'est de savoir s'il y est intéressé en quelque manière que ce soit. En effet, la question d'état n'a rien de particulier qui la distingue à cet égard des autres contestations, et qui empêche les parties intéressées de la former.

» Aussi dans une maison illustre, entre parents qui portent le même nom, le plus éloigné peut agir en justice contre le fils de son parent, et lui disputer de porter le nom et les armes de la maison en soutenant qu'il est illégitime, quoiqu'il n'ait pas le droit de lui disputer la succession (1).

Conformément à cette doctrine un arrêt rendu le 9 mars 1735, par le Parlement de Paris, déclara la dame Dejean non-recevable *quant à présent* à contester, du vivant de son mari, la légitimité de deux enfants nés d'un premier mariage qu'elle prétendait avoir été contracté *in extremis*.

La contestation pouvait ne pas avoir d'objet réel, s'il n'existait pas d'enfant du second mariage au décès du mari. Et c'est en effet ce qui arriva.

Les principes professés par M. Corberon, et admis par l'arrêt de 1735, sont toujours en honneur. Mais nous doutons qu'on pût en faire aujourd'hui l'application à l'exemple indiqué par ce magistrat, surtout d'après la modification que la loi du 28 avril 1832 a apportée à l'art. 259 de l'ancien Code pénal de 1810.

831. Cependant un arrêt de la Cour d'Aix, du 18 avril 1817, a admis un parent collatéral à contester l'état d'enfant légitime réclamé par un sieur Tristan-Ruffi, quoique celui-ci eût déclaré renoncer à la succession de son père et eût ainsi fait disparaître l'intérêt né et actuel qu'avait le défendeur, légataire universel du père et son parent éloigné.

(1) V. Merlin, *loco citato*, sect. 4, § 1.

Les motifs de l'arrêt sont « que la renonciation faite par Tristan-Ruffi n'était pas suffisante pour désintéresser le sieur d'Eyroux ; que la nécessité de l'intérêt actuel n'est exigée de la part des collatéraux que pour le cas d'une demande en nullité d'un mariage dont l'existence est reconnue et non pas au cas où, comme dans la cause, l'existence du mariage est le sujet de la contestation. »

L'arrêt décide au fond qu'il est démontré, par les présomptions les plus fortes et les plus décisives, qu'il n'y avait pas eu de mariage.

Le pourvoi en cassation contre l'arrêt fut rejeté sur le motif « qu'il ne s'agissait point dans l'espèce d'une nullité de mariage contracté en contravention aux dispositions du Code civil, puisqu'il n'existait point d'acte de célébration (1). »

Dans l'espèce, il n'existait pas d'acte de mariage. Le sieur Ruffi, pour se procurer l'état d'enfant légitime, avait fait déclarer par le tribunal de Forcalquier, sur requête et sans contradicteur, que ses père et mère, morts depuis longtemps, avaient été mariés. Le tribunal avait ordonné que le jugement serait transcrit dans les registres de l'État civil, pour tenir lieu de l'acte de célébration.

L'instance était engagée sur la tierce opposition au jugement, avant que le sieur Tristan-Ruffi renonçât à la succession du père.

Comme représentant celui-ci à titre de légataire universel, le sieur Eyroux pouvait avoir intérêt à ce qu'on ne changeât pas l'état d'homme libre dont était mort en possession celui qu'il représentait, et à ce qu'on ne lui attribuât pas l'état d'homme marié.

D'ailleurs, il y avait une décision judiciaire qu'il pouvait être utile au représentant du défunt de faire réformer.

Si Tristan-Ruffi, sans provoquer un jugement de rectification, s'était borné à prendre la qualité de fils légitime du

(1) V. cet arrêt dans le journal de Sirey, t. 19. 1. 438 ; et dans celui de Dalloz, t. 17. 1. 466.

père qu'il désignait, peut-être le légataire n'aurait-il pas réussi à l'en empêcher.

Au reste, dans ces sortes de causes, les arrêts dépendent des circonstances.

Néanmoins, on doit leur appliquer, comme à toute espèce de contestation, le principe qu'un intérêt réel doit en être la mesure.

832. Les ascendants auraient un intérêt réel à contester la réclamation de celui qui voudrait se faire considérer comme descendant d'eux. Car la loi établit entre les ascendants et les descendants, des rapports de droits, de devoirs, d'obligations, d'honneur même, qui ne permettent pas d'admettre indifféremment dans sa famille, avec un titre aussi rapproché, tout individu qui chercherait à y prendre place. (V. notamment les articles 148, 150, 151, 205 et 207 du Code civil.)

Les mêmes motifs autoriseraient des descendants à repousser ceux qui voudraient prendre le titre de leurs ascendants.

833. Les collatéraux ne devraient, en général, être reçus à contester qu'autant que leurs intérêts pourraient être compromis; si, par exemple, à l'ouverture d'une succession, ils étaient exposés à en être exclus entièrement, ou à en être privés en partie par celui qui usurperait un état auquel il n'aurait aucun droit.

834. Des donataires du défunt, des légataires, toutes personnes enfin, pourraient écarter l'usurpateur d'un état qui nuirait à leurs intérêts (1).

835. Une conséquence naturelle de cette doctrine, c'est que les décisions intervenues sur les questions d'état ne peuvent pas être opposées à ceux qui n'y ont pas été parties, sauf cependant le cas où elles auraient été rendues avec le père qui, comme nous l'avons déjà fait observer, est le

(1) Proudhon, de l'*Etat des personnes*, t. 2, n. 75 et suiv.

contradicteur légitime de la filiation qu'on lui attribue.

En principe général, pour que l'autorité de la chose jugée ait lieu, il faut que la *demande soit entre les mêmes parties.* (Code civil, art. 1351.)

On peut opposer que l'état est indivisible, et que l'enfant, par exemple, qu'un jugement aurait déclaré illégitime, ne pourrait pas sans une contradiction choquante être déclaré légitime par un autre jugement rendu avec d'autres personnes; qu'il y aurait une espèce de monstruosité à ce qu'il fût illégitime pour les uns, légitime pour les autres.

On répondrait que cette contradiction est l'effet nécessaire de l'incertitude des choses humaines. La jurisprudence offre plusieurs exemples de cas analogues. Ainsi, en matière de succession, celui qu'un jugement par défaut mais qui a acquis l'autorité de la chose jugée, a déclaré héritier, ne peut échapper à ce titre à l'égard du créancier qui l'a fait condamner comme tel. Mais il a le droit de faire juger de nouveau la question avec d'autres créanciers, et d'éviter à l'égard de ceux-ci le danger de cette qualité souvent onéreuse.

Telle était l'ancienne jurisprudence, telle est encore la nouvelle.

De même, le successible qui, plaidant sur sa qualité d'héritier avec plusieurs personnes dans la même instance et condamné à l'égard de tous, interjette un appel vicié par quelque irrégularité relativement à certains de ses adversaires, mais régulier et valable respectivement aux autres ce successible, ne pouvant faire réformer le jugement quant aux premiers, restera héritier dans leur intérêt; mais il pourra faire dire qu'il ne l'est pas pour les seconds.

Il serait aussi injuste que cruel de considérer comme indélébile à l'égard de la société entière, la tache d'illégitimité imprimée sur un enfant réellement légitime, et qui aurait été la victime ou d'un vice de forme de procédure, ou de l'ignorance de certains actes découverts depuis, ou peut être même d'une erreur judiciaire.

Que le jugement soit irrévocable pour ceux qui l'ont obtenu, soit.

Mais qu'au moins il ne puisse valoir pour ceux qui n'y ont pas été parties. L'équité comme les principes s'y opposent.

La Cour d'Angers a adopté cette doctrine dans un cas remarquable; elle a décidé qu'un jugement qui, sur la demande des parents paternels avait déclaré un enfant illégitime, n'avait pas, à l'égard des parents maternels, l'autorité de la chose jugée ; qu'à leur égard l'enfant pouvait être déclaré légitime; que l'indivisibilité de l'état n'est pas telle que le jugement ait l'autorité de la chose jugée à l'égard des personnes qui n'y ont pas été parties. L'arrêt est du 11 avril 1821 (1).

836. Dans un tel cas, l'enfant étant déclaré légitime, la légitimité devra être son état ordinaire, son état social. L'illégitimité ne sera considérée que comme un état exceptionnel restreint pour lui aux personnes qui auraient obtenu le premier jugement. Car, dans le doute que produirait la contrariété des deux décisions, la faveur de la légitimité devrait l'emporter.

837. Ceci nous conduit à examiner la question générale du doute sur la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant.

M. Merlin se la propose (2). Il la considère comme ayant été très-controversée dans l'ancien droit; et il cite beaucoup d'auteurs dissidents. Lui-même hésitant exprime un avis favorable lorsqu'il est en opposition avec le fisc, et paraît avoir un avis contraire si la difficulté s'élève avec la famille.

Il semble que, dans les deux cas, c'est par la possession que l'on doit se déterminer.

Si l'enfant est en possession de l'état qu'on lui conteste, il n'a rien à prouver lui-même. Tout doute doit s'interpréter en sa faveur *in dubio potior est acusa possidentis*.

(1) Sirey, 22. 2. 177.
(2) Au mot Légitimité, Répert., sect. 3, n° 5.

Si, au contraire, il ne possède pas d'état, ou si l'état qu'il possède n'est pas celui qu'il réclame, le doute doit être résolu contre lui, à l'égard surtout de la famille qu'il tente de dépouiller par sa réclamation. Les lois 14 et 15, ff. *de probationibus* dictent cette solution, qui ne doit cependant pas s'appliquer au cas de deux jugements opposés sur la légitimité.

---

§ III.

Des tribunaux devant lesquels doivent être portés les réclamations d'état.

SOMMAIRE.

838. *Si l'enfant a été privé de son état par un simple accident, c'est l'action civile qu'il doit prendre.*
839. *Si c'est par un crime l'action criminelle est le droit commun.*
840. *Considérations qui ont déterminé à prescrire d'abord l'action civile dans tous les cas.*
841. *La compétence et l'ordre des poursuites sont réglés par le Code civil, art.* 326 *et* 327.
842. *La suppression de l'état d'un enfant ne doit pas être confondue avec la suppression de l'enfant même.*
843. Quid *de la substitution d'un enfant à un autre ?*
844. Quid *de la supposition de part ?*
845. *Devant quels tribunaux doivent être portée les questions d'état ?*

838. Un enfant peut perdre son état par un accident ou par un crime.

S'il le perd par un accident, soit qu'il provienne de la négligence de ceux qui étaient chargés par la nature ou par la loi de veiller pour lui à ses droits, soit qu'il en ait été privé par une force majeure ou par un cas fortuit, toutes les fois que la cause de la perte n'a pas été un fait criminel dans l'intention de son auteur, l'action civile est la seule qui puisse appartenir à l'enfant.

Mais lorsque son état lui a été enlevé par un crime, l'ac-

tion criminelle doit aussi lui appartenir concurremment avec l'action civile.

839. Quelle est celle qu'il devra entreprendre, et en aura-t-il le choix ?

Le droit commun donnerait la préférence à l'action criminelle ou à l'action publique.

« L'action civile peut être poursuivie en même temps et » devant les mêmes juges que l'action publique, dit l'art. 3 » du Code d'instruction criminelle. »

Cet article va plus loin : après avoir déclaré que l'action civile *peut être poursuivie séparément*, il ajoute que, *dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique.*

En sorte que, dans le droit commun, la priorité est accordée à l'action publique.

Avant le Code Napoléon, lorsqu'il y avait eu suppression d'état, celui qui réclamait avait l'option entre les deux actions. Le délit de suppression d'état pouvait être poursuivi par l'action criminelle, sans qu'au préalable la question d'état eût été jugée définitivement par les tribunaux civils. Dans ce cas la preuve acquise par la voie criminelle de la suppression d'état pouvait servir à juger quel était l'état qui avait été supprimé. C'est ce qu'a décidé notamment un arrêt de cassation du 25 brumaire an 13. L'arrêt casse une décision contraire de la Cour de Dijon (1).

840. Mais, dit le tribun Duveyrier, dans son Discours au Corps législatif, des exemples nombreux, surtout dans les derniers temps, ont dénoncé un abus que le caractère criminel du fait originaire semblait justifier.

« Privé devant les tribunaux civils de la faculté dangereuse de se composer une preuve avec des témoins, parce qu'il n'avait ni titres, ni possession, ni commencement de preuve, le réclamant portait le fait originaire, sous la

(1) Sirey, t. 5. 1. 108 ; Denev., 3. 1. 345.

qualification d'un délit devant les tribunaux criminels, et remplaçait ainsi une enquête impossible par une information indispensable.

» C'était une subversion de tout ordre judiciaire, et un instrument fatal mis à la portée de tout le monde pour ébranler dans leurs fondements les familles les plus pures et les plus respectées.

» D'ailleurs, le fait qui donne lieu à la réclamation peut sans doute être un fait coupable; mais l'objet de la réclamation est purement civil; mais la partie civile ne peut avoir l'action répressive des délits.

» L'intérêt de la société est, sans contredit, que les crimes soient réprimés et que les preuves qui conduisent à leur répression ne dépérissent pas. Mais un plus grand intérêt commande que le repos de la société ne soit pas troublé sous prétexte de l'affermir.

» La réforme de ces abus était désirable; elle était généralement désirée. Ainsi après avoir établi que les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur la réclamation d'état, le projet de loi, par une disposition contraire au droit commun mais uniquement applicable à ce cas et évidemment utile, dispose que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif de la contestation civile (1). »

Telles sont les hautes considérations qui ont déterminé à modifier la jurisprudence ancienne, à s'écarter même du droit commun, et à exiger que le jugement de l'action civile précédât l'action criminelle.

841. L'article 326 du Code civil règle la compétence, et l'article 327 l'ordre des poursuites.

t. 326. « Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les questions d'état. »

t. 327. » L'action criminelle contre un délit de suppression d'état,

(1) Discours de Duveyrier sur l'art. 327. V. Législ. civ. de Locré, commentaire 11, n° 27.

ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. »

C'est conformément à ces règles que, quelque caractérisé que soit le faux commis par le père d'un enfant qui, en le présentant à l'officier de l'État civil, indique une fausse mère, il ne peut cependant pas être poursuivi par l'action criminelle avant que l'action civile ait été exercée et jugée. (Arrêt de cassation, du 9 février 1810. Sirey, 11. 157.)

Les mêmes règles s'appliquent à l'action à exercer contre toute personne qui aurait fait inscrire un enfant sur les registres de l'État civil en lui attribuant des parents qui ne seraient pas les siens. (Arrêt de cassation, du 24 juillet 1823. Sirey, 24. 1. 135; Dalloz, 21. 1. 432.)

Le ministère public ne peut poursuivre d'office le délit de suppression ou de supposition d'état avant que les tribunaux civils aient jugé la question d'état.

L'autoriser à exercer ces poursuites c'eût été rendre illusoire la prohibition portée par l'article 327. Car pour éluder la règle les parties intéressées n'auraient pas manqué de porter plainte du délit, d'appeler par cette plainte l'attention du ministère public que la gravité du délit déterminerait à poursuivre d'office, et d'obtenir par cette voie indirecte des preuves testimoniales que la voie civile ne pourrait leur offrir en l'absence de tout commencement de preuve écrite. Beaucoup d'arrêts de la Cour suprême ont refusé toute action au ministère public sans la décision préjudicielle des tribunaux civils. Ils l'ont refusée, même quoiqu'il n'y eût pas de contestation liée sur l'état de l'enfant. C'est aux parties intéressées à faire juger d'abord par la voie civile la question d'état que le délit soulève (1).

Remarquons que les articles 326 et 327 ne s'appliquent qu'à

(1) Ainsi jugé par la Cour de cassation les 20 prairial et 10 messidor an 12; le 2 mars 1809; le 3 mars 1813; le 21 juillet 1831 : Journal de Sirey, t. 4. 1. 318 et 366; et 2. 281; t. 9. 1. 300; t. 13. 1. 329; t. 32. 10. 108.

la filiation, et que leur dérogation au droit commun ne doit pas sortir du cercle dans lequel elle a été restreinte.

Si, par exemple, l'état de l'enfant dépendait de la preuve de la célébration du mariage, qu'il existât des registres de l'Etat civil, et que ces registres fussent réguliers, mais que par des manœuvres criminelles on fût parvenu à soustraire la preuve écrite ou la preuve légale de la célébration du mariage, on rentrerait alors dans le droit commun. L'action criminelle contre l'auteur du délit devrait précéder l'action civile ou être poursuivie en même temps devant les tribunaux auxquels la loi défère la connaissance de l'action publique; ou si cette action civile, étant intentée la première, faisait connaître l'auteur du crime, l'exercice en serait suspendu jusqu'à ce qu'il eût été définitivement prononcé sur l'action publique. (Code d'instruction criminelle, art. 3.) Voir les articles 198, 199 et 200 du Code civil (1).

M. Toullier fait sur l'application des articles 326 et 327 une distinction qui nous paraît fort juste.

Lorsque la preuve de l'état d'un enfant a été supprimée, s'il n'en est pas en possession ou s'il lui est contesté, il ne peut se plaindre par la voie criminelle de cette suppression avant d'avoir fait juger au civil la question d'état.

Mais quoiqu'il soit en possession de son état, quoique cet état ne lui soit pas contesté, si le titre sur lequel il reposait a été détruit, il peut avoir intérêt à le faire rétablir et par conséquent à exercer l'action criminelle contre l'auteur de la suppression. Dans ce cas il n'y a pas lieu de suspendre la décision de l'action criminelle jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur une question d'état qui n'existe pas et qui ne peut pas exister (2).

Cependant si le prévenu contestait lui-même l'état, on devrait renvoyer au civil pour faire prononcer sur cette contestation préjudicielle.

(1) Proudhon, t. 2, p. 74.
(2) Toullier, t. 2, p. 240, n° 907.

L'article 327, dans la règle de compétence qu'il pose, parle seulement des délits de *suppression* d'état. Il veut que celui qui réclame l'état qu'il prétend lui avoir été enlevé fasse d'abord décider la question par les tribunaux civils.

On ne doit pas confondre ce cas avec celui où se trouverait un individu qui, traduit devant la cour criminelle, contesterait un état, un nom, une qualité qu'on lui attribuerait et qui caractériserait ou aggraverait le délit ou le crime.

Ainsi il a été jugé qu'une question d'adoption était de la compétence des juges criminels lorsqu'elle se présentait incidemment comme élément de décision sur l'existence ou la gravité d'un crime. (C. de cassat., 27 novembre 1812; Sirey. 16. 1. 59; Denevers, 14. 1. 173.)

Un autre arrêt de la même Cour a décidé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer devant les tribunaux civils comme question préjudicielle l'examen de la question de savoir si un individu (accusé d'avoir dans l'acte civil de son mariage usurpé le nom, l'âge et le domicile d'un autre, et de s'être ainsi rendu coupable de faux en écriture publique), est ou non la personne même dont on prétend qu'il a faussement pris le nom.

Il ne s'agissait dans le fait que d'une question d'identité intimement liée à l'accusation, et dont la décision était de la compétence exclusive de la Cour d'assises. L'arrêt est du 28 mai 1828; il casse une décision contraire (1).

Dans cette espèce comme dans la précédente, la difficulté ne roulait pas sur une *suppression d'état*, seul cas dont s'occupe l'article 327; elle portait, au contraire, sur un état, sur une qualité attribués au prévenu dans la première cause, et qui lui étaient contestés dans la seconde. L'article 327 était inapplicable. Les règles sur la compétence sont de droit étroit.

Cet article ne devrait pas aussi servir de prétexte pour sus-

(1) Sirey, 28. 1. 309.

pendre l'action publique, si par exemple l'accusation portait sur l'exposition d'un enfant, quoique cet enfant eût été désigné dans les poursuites sous un nom erroné et comme appartenant à une famille qui le méconnaîtrait. Car dans un tel cas les poursuites n'auraient pas pour objet de rechercher l'état de l'enfant, mais de punir le délit de l'exposition.

Nous avons dit en exposant les motifs qui ont dicté les articles 326 et 327 du Code civil qu'on avait voulu éviter l'influence que la décision obtenue par l'action criminelle pourrait avoir sur l'action civile.

Il était, en effet, assez difficile que l'enfant après avoir fait reconnaître, par la première action, la suppression d'état dont il aurait été victime, n'obtînt pas le même succès au civil.

Depuis la promulgation même des nouvelles règles on a pensé et la Cour de cassation a jugé, en rejetant un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Bourges, que l'article 326 ne s'opposait pas à ce qu'un tribunal civil décidât aujourd'hui une question d'état par des motifs puisés dans un jugement criminel rendu entre les mêmes parties avant la publication du Code. L'arrêt est du 30 avril 1807 (1).

Rendu entre les mêmes parties, dit l'arrêt, ce qui est conforme aux dispositions de l'article 1351 du Code, et ce qui est en harmonie avec les observations que nous avons faites dans le paragraphe précédent où nous avons démontré que les jugements rendus sur les questions d'état ne pouvaient pas être opposés aux tiers.

L'inconvénient que présentaient autrefois les jugements rendus sur l'action criminelle, relativement à l'action civile, ne se sont pas maintenus depuis en sens inverse.

En effet, la suppression d'état peut être reconnue au civil, et l'enfant peut être réintégré dans l'état qu'on lui avait enlevé, sans que l'accusé de la suppression d'état en soit réel-

(1) Sirey, 7. 1. 401 ; Denev., 5. 1. 401.

lement coupable. Celui-ci peut, sans attaquer la chose jugée au civil, tout en reconnaissant que l'enfant avait été réellement privé de son état, soutenir qu'il n'est pas l'auteur du délit et être renvoyé de l'accusation, soit que sa culpabilité ne soit pas établie, soit qu'il affaiblisse les preuves et les témoignages qu'on lui opposerait par des preuves ou des témoignages contraires.

En un mot, il y a une différence sensible entre les jugements civils et les jugements criminels en cette matière.

Les uns, les jugements civils prononcent seulement sur le fait de la suppression d'état, et si cette suppression leur paraît évidente, ils restituent à l'enfant l'état dont on l'avait dépouillé sans rien décider sur l'auteur de la spoliation.

Les autres, les jugements criminels prononcent tout à la fois et sur le corps du délit ou sur le fait de suppression d'état, et sur le coupable c'est-à-dire sur l'auteur du fait.

De cette différence dans l'objet des deux sortes de jugements doit découler nécessairement une différence dans leurs effets et dans l'influence de l'une des décisions sur l'autre.

La nécessité de l'action préjudicielle au civil, lorsqu'il y a eu délit de suppression d'état, peut non-seulement paralyser momentanément, mais même éteindre complètement l'action publique. Car les délits et les crimes sont effacés, au moins quant à la peine, par une prescription plus ou moins longue, selon leur nature et le caractère de gravité qu'ils reçoivent des circonstances.

Or, pendant la durée de l'action civile, l'action publique peut s'éteindre par la prescription. Cet inconvénient n'a pas échappé, sans doute, à l'attention du législateur. Mais il était moins grave que ne l'aurait été en cette matière celui résultant de la préférence accordée par le droit commun à l'action publique.

Au reste on peut y parer en commençant les poursuites sur le délit, et en les suspendant ensuite jusqu'à la décision

civile de la question d'état. (V. les art. 637 et 638 du Code d'instruction criminelle.)

842. On a agité la question de l'application de l'art. 327 du Code civil à la suppression de la personne d'un enfant.

Cette étrange difficulté a été repoussée, comme on doit le penser ; car l'article 327 ne prescrit la décision préalable des tribunaux civils que pour le cas de la suppression de l'état d'un enfant, non pour celui de la suppression de la personne.

Cependant la question a été soumise trois fois à la Cour de cassation qui l'a jugée, les 26 septembre et 12 décembre 1823, en cassant la première fois un arrêt de la Cour d'assises de Rennes, la seconde fois un arrêt de celle de la Haute-Vienne. Son troisième arrêt est du 8 avril 1826. Il rejette le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'assises du Var (1).

Nous ne rappelons ces exemples que pour signaler jusqu'où peuvent aller l'abus de l'argumentation et les erreurs de l'esprit humain.

843. La substitution d'un enfant à un autre, crime prévu par l'art. 345 du Code pénal, rentre dans la disposition de l'art. 327 du Code civil. Car le fait de substitution est aussi un fait de suppression d'état pour l'enfant à qui on enlève son état pour l'attribuer à un autre. C'est donc devant les tribunaux civils que doit d'abord être portée la question d'état dont la solution doit rendre à chaque enfant l'état qui lui appartient réellement.

844. Mais il n'en est pas ainsi de la supposition de part prévue par le même art. 345 du Code pénal.

Ce crime qui consiste à supposer un enfant à une femme qui ne s'est pas accouchée, pourrait, il semble, être poursuivi par l'action publique, quoique l'action civile ne fût pas exercée.

(1) Sirey, 24. 1. 107 et 181 ; et 27. 1. 10 ; Dalloz, 21. 1. 433 et 22. 1. 96.

Cependant on peut dire que l'enfant que l'on suppose ainsi né d'une autre personne que sa vraie mère, est privé de son état primitif qu'on lui fait perdre pour lui en donner un nouveau.

Sous ce rapport le crime pourrait être assimilé à la suppression d'état.

Mais comme le fait a moins pour but de priver l'enfant de son état que de lui en donner un plus avantageux, on n'assimile pas ce crime à une suppression d'état proprement dite ; on le qualifie de supposition de part ou d'enfant. Néanmoins cette supposition de part ne peut être poursuivie criminellement par le ministère public, tant que les parties intéressées à faire déclarer que cet enfant leur est étranger ne l'ont pas fait juger par les tribunaux civils. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt de rejet du 21 août 1812 (1).

845. Nous nous sommes occupés, dans ce paragraphe, principalement des questions d'état qui résultaient d'un délit, et de la compétence des tribunaux civils comme étant chargés par la loi de prononcer définitivement sur ces questions avant que l'action criminelle pût commencer.

Mais quels sont les tribunaux civils devant lesquels ces questions, et en général toutes celles en réclamation ou en contestation d'état devront être portées?

Cela dépend de la manière dont la question sera soulevée.

Si une action directe est intentée soit par l'enfant pour réclamer son état dont il ne jouit pas, soit par un adversaire de l'enfant pour lui contester un état dont il est en possession, le demandeur devra suivre le tribunal du domicile du défendeur (art. 59 du Code de procédure).

Si la question est soulevée à l'occasion d'une succession, notamment à cause du partage de cette succession, l'action devra être intentée devant le tribunal civil dans le ressort duquel la succession s'est ouverte (même article).

(1) Sirey, 17. 1. 60.

Mais si la question naît incidemment, dans une instance déjà pendante devant un tribunal qui ne soit aucun de ceux que nous venons d'indiquer, c'est par ce tribunal qu'elle devra être instruite et jugée. Car les incidents sont de la compétence du juge saisi de l'action principale.

CHAPITRE III.

De la reconnaissance d'un enfant naturel et de l'adoption pendant le mariage.

SOMMAIRE.

846. *De la reconnaissance d'un enfant naturel et de l'adoption pendant le mariage. — Division.*

846. Le mariage établit entre les époux des devoirs, des droits qui seraient nécessairement méconnus et froissés, si l'un d'eux pouvait introduire dans leur société des étrangers à l'autre époux, et se créer de nouveaux rapports, contracter de nouvelles obligations qui n'auraient pas été prévues au moment où les époux se sont unis.

De là les prohibitions relatives à la reconnaissance d'un enfant naturel et à l'adoption par l'un des époux pendant le mariage.

Ces prohibitions, leurs exceptions, les effets qui résultent des reconnaissances ou des adoptions, seront l'objet des deux sections de ce chapitre : l'une consacrée aux enfants naturels, l'autre à l'adoption.

Section Ire.

De la reconnaissance des enfants naturels pendant le mariage.

SOMMAIRE.

847. *Quel peut être l'effet de la reconnaissance d'un enfant naturel pendant le mariage, C. civ. art.* 337 ?

848. *Elle ne peut nuire aux enfants nés du mariage.*
849. *Ni à l'autre époux pour les dispositions irrévocables et antérieures.*
850. Quid *pour les dispositions révocables?—Controverse.*
851. Quid *si la succession était déférée à l'autre époux à défaut de parents?*
852. *La reconnaissance forcée par des poursuites judiciaires peut-elle avoir lieu pendant le mariage?*
853. *Pour la recherche de paternité, résultant d'un enlèvement, le mariage n'est pas un obstacle.*
854. *Sur la recherche de maternité. — Controverse. — Elle est admise en principe malgré le mariage.*
855. *Ses effets.*
856. *La reconnaissance peut avoir lieu après la dissolution du mariage, même pour l'enfant naturel né antérieurement au mariage.*
857. *La reconnaissance pendant le mariage peut être faite par la femme sans autorisation.*
858. *Elle peut aussi être faite par un mineur non autorisé.*
859. *Les enfants reconnus ont droit, même pendant le mariage, à des aliments.*
860. *La reconnaissance, qui n'a pas de date certaine avant le mariage, ne nuit pas aux enfants qui en sont nés ni à l'autre époux.*
861. Quid *de la reconnaissance faite pendant le mariage d'un enfant commun né antérieurement?*
862. Quid *si elle était faite par l'un d'eux seulement?*
863. *La reconnaissance pendant le mariage nuit-elle aux enfants d'un mariage antérieur?*
864. *L'enfant reconnu pendant le mariage peut-il recevoir, comme un étranger, un don de son père?*
865. *Rapports et devoirs réciproques résultant de toute reconnaissance.*
866. *Toute reconnaissance peut être attaquée par ceux qui y auraient intérêt, art.* 339.
867. *Celle faite par le père seul ne vaut qu'à son égard, art.* 336.
868. *Du désaveu élevé par l'enfant reconnu.*
869. *De la contestation élevée par des tiers.*

847. L'un des époux peut avoir eu avant le mariage un enfant naturel né d'un autre que de son époux, et qu'il n'au-

rait pas reconnu par acte authentique, comme le veut l'article 334 du Code civil.

Un enfant naturel peut aussi être né de la cohabitation de deux personnes qui se sont depuis unies en mariage, mais qui n'ayant pas reconnu cet enfant avant leur mariage ne l'ont pas légitimé.

Ces enfants pourront-ils être reconnus pendant le mariage, et quels droits cette reconnaissance leur attribuera-t-elle ?

On conçoit qu'il ne peut être question des enfants naturels qui seraient nés pendant le mariage. Car ils seraient adultérins, et la loi ne permet pas de les reconnaître. (Code civil, art. 335.)

848. Quant à ceux dont la naissance est antérieure, s'ils sont nés d'un époux, la reconnaissance qui en serait faite ne pourrait nuire ni à l'autre époux ni aux enfants nés du mariage.

C'est ce que déclare l'art. 337 du Code civil.

Art. 337. « La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage.

Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants (1). »

(1) Toutes les dispositions du Code Napoléon sur la reconnaissance des enfants naturels, contenues dans les articles 334 et suivants, jusques et compris l'art. 342, ont été admises dans le Code des Deux-Siciles par les art. 257 et suivants, jusques et compris l'art. 265.

Ces dispositions sont aussi toutes admises dans le Code Sarde par les art. 180 et suivants jusques et compris l'art. 187.

Mais les Codes Sarde et Sicilien y ont ajouté la prohibition de la reconnaissance ou la recherche de maternité à l'égard des personnes engagées dans les ordres sacrés ou dans une profession religieuse (articles 182 et 187 du Code Sarde, 258 et 265 du Code Sicilien).

Le Code de la Louisiane permet la recherche de paternité en faveur des enfants libres et blancs ; il la permet aussi en faveur des enfants de couleur à l'égard d'un père également homme de couleur

Cette disposition est sage ; elle était nécessaire pour honorer le mariage, pour le protéger, pour prévenir des déceptions qui blesseraient les affections de l'autre époux et qui pourraient nuire à ses intérêts et à ceux des enfants légitimes.

Voici comment l'orateur du Gouvernement développe les motifs de cette partie de la loi :

« Il est un cas dans lequel un enfant naturel ne pourrait se prévaloir de la reconnaissance du père ; c'est celui où elle aurait été donnée par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que son époux. Une pareille reconnaissance ne pourra nuire

(art. 226). L'art. 227 règle le mode de la preuve. Elle n'est pas admise s'il y a adultère ou inceste (art. 224 225).

La recherche de maternité est aussi admise excepté contre une femme mariée.

La paternité et la maternité peuvent être contestées par ceux qui y ont intérêt (art. 337).

L'enfant naturel n'a pas les droits d'un enfant légitime (art. 338).

Dans le canton de Vaud, l'action en paternité peut être formée par la mère de l'enfant, mais non contre un étranger ou de la part d'une étrangère. Si les lois du pays étranger ne l'admettent pas, l'action se prescrit par trois mois à compter de la naissance de l'enfant (Code de Vaud, art. 187, 195, 197). D'autres articles indiquent le mode de l'action et les preuves.

Le Code Hollandais exige aussi une reconnaissance authentique. Il autorise la reconnaissance de la part des mineurs qui ont dix-neuf ans accomplis (art. 337). Celle du père ne peut être faite du vivant de la mère sans son consentement (art. 339). Ce Code adopte d'ailleurs les règles des articles 335, 337, 339, 341, 342 du Code Napoléon.

Le Code Autrichien autorise la recherche de la paternité et celle de la maternité (Code civil Autrichien, art. 163 et Code de procédure, articles 114 à 218).

Le Code Prussien, dans l'art. 618, permet la recherche de la paternité et celle de la maternité.

L'action en paternité est admise dans le canton de Berne ; la mère doit porter plainte dans les trois mois de la naissance de l'enfant (articles 182 à 184 du Code).

L'action en paternité est aussi permise dans le canton de Fribourg. Mais elle n'est pas admise contre un étranger ou de la part d'une étrangère, si les lois de leur pays s'y refusent (Code de Fribourg, articles 219 et suivants, 225, 226).

ni à l'autre époux ni aux enfants nés de ce mariage. Il ne peut pas dépendre de l'un des époux de changer, après son mariage, le sort de sa famille légitime, en appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens. Ce serait violer la foi sous laquelle le mariage aurait été contracté. Si l'ordre public ne permet pas que des époux reconnaissent après leur mariage leurs propres enfants qu'ils voudraient légitimer, à plus forte raison, les enfants, qui sont étrangers à l'un d'eux, ne peuvent-ils acquérir depuis le mariage des droits contraires à ceux des enfants légitimes. »

Cependant il peut arriver qu'à l'époque de la dissolution de ce mariage il ne reste pas de descendants. Il n'y a pas alors de motifs pour que la reconnaissance ne reçoive pas son exécution.

Les dispositions de l'art. 337 ne sont pas prohibitives, et rien dans les motifs n'indique aussi que l'intention du législateur ait été de défendre les reconnaissances d'enfants naturels faites pendant le mariage ; il a voulu seulement en régler les effets.

Ces effets sont nuls si, à la dissolution du mariage, il existe des enfants légitimes ; au contraire, s'il n'en existe pas, l'enfant naturel reconnu jouit de tous les droits attachés à ce titre.

849. Mais en jouira-t-il même au préjudice de l'épouse survivante?

Ce cas peut se rencontrer. L'épouse peut être donataire par contrat de mariage, ou il peut lui avoir été fait pendant le mariage, soit par acte entre-vifs soit par testament, des avantages qui absorberaient une partie des droits attribués par la loi à l'enfant naturel. (Voir l'art. 757 du Code civil.)

Ces avantages devront-ils être réduits?

L'art. 337 ne s'explique pas formellement sur la difficulté.

Il présente même une sorte d'antinomie, en déclarant d'un côté que la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux ne pourra nuire ni à l'autre époux ni aux enfants nés du mariage ; de l'autre, qu'elle produira son effet après la dissolution du mariage si alors il n'existe pas d'enfants.

Sans doute, pour concilier les deux parties de l'article, il faut les entendre dans le sens que, dans aucuns cas, la reconnaissance ne pourra nuire à l'épouse.

M. Duranton qui exprime cette opinion, la pousse jusques dans ses dernières conséquences. Il pense que, si par un testament antérieur à la reconnaissance un legs universel avait été fait à la femme, ce legs ne devrait éprouver aucune réduction en faveur de l'enfant, parce que, dit-il, ce serait supposer que la reconnaissance a un effet contre le conjoint.

Cette opinion nous paraît erronée au moins pour le cas où le contrat de mariage ne contiendrait pas une disposition universelle en faveur du conjoint.

Si une telle disposition existait, comme elle serait irrévocable de sa nature, on conçoit que la reconnaissance postérieure d'un enfant naturel ne pourrait y porter atteinte. Car l'époux donataire avait dû croire, au moment du contrat, à l'exécution fidèle et entière du don qui lui était fait, de ce don qui avait été une des conditions de l'union des deux époux. Il avait dû penser que cette libéralité ne devrait subir de réduction qu'en faveur des enfants auxquels cette union donnerait le jour. Averti par la loi de cette réduction dans ce dernier cas, non prévenu ni par la loi ni par des faits qui lui fussent connus dans les autres cas, il serait trompé dans ses espérances et dans les engagements contractés envers lui, si par la reconnaissance d'un enfant naturel dont l'existence lui aurait été cachée, la libéralité qui lui avait été faite, en échange peut-être d'une libéralité semblable, n'obtenait pas un plein effet.

Sous ce rapport, l'application rigoureuse de l'article 337 pourrait être réclamée par l'époux donataire.

850. Mais doit-il en être ainsi relativement à une donation faite pendant le mariage, ou à une disposition testamentaire?

Nous plaçons sur la même ligne ces deux modes de dispositions. Car on sait que, quoique qualifiées entre-vifs, les donations faites entr'époux pendant le mariage sont toujours révocables (Code civil, art. 1696.)

Il nous semble qu'une telle libéralité doit être réduite jusqu'à concurrence de la portion que la loi réserve aux enfants naturels dans le patrimoine de leur père, portion qui, selon le degré de parenté des successibles, est de moitié ou des trois quarts de la réserve légale qu'aurait obtenue l'enfant s'il eût été légitime.

Nous le pensons ainsi, parce que l'enfant naturel a lui-même droit à une réserve dont son père naturel ne peut pas le dépouiller.

Nous le pensons ainsi, sous un autre rapport, parce que la reconnaissance de l'enfant naturel emporte de plein droit révocation tacite de la disposition faite en faveur de l'épouse, jusqu'à concurrence de la réserve que la loi assure à l'enfant.

La première des propositions n'est pas douteuse. Si quelques auteurs ont, à l'émission du Code civil, hésité à dire que l'enfant naturel avait droit à une réserve dont il n'était pas permis de le priver, l'hésitation a cessé aujourd'hui, et les opinions presque unanimes des jurisconsultes, la jurisprudence presque uniforme des arrêts attribuent aux enfants naturels comme aux enfants légitimes une portion du patrimoine paternel qu'on ne peut leur enlever par des libéralités; en sorte que, si les libéralités sont excessives, ils peuvent en demander la réduction même contre des enfants légitimes (1).

(1) V. notamment un arrêt de cassation du 26 juin 1809 dans le Journal de Sirey, t. 9. 1. 337; et dans celui de Denevers, t. 7. 1. 259.

La seconde proposition, nous l'appuyons sur la volonté présumée du père, et sur les effets de la reconnaissance.

Le père ne peut ignorer les droits que tout enfant naturel a sur les biens de son auteur. En reconnaissant son enfant il a donc su qu'il lui conférait des droits sur sa succession; il a donc aussi voulu les lui conférer, et par conséquent il a, par la reconnaissance même, révoqué, sinon expressément au moins tacitement, ses dispositions antérieures jusqu'à concurrence des droits réservés par la loi à l'enfant naturel.

M. Duranton oppose qu'admettre cette réduction ce serait supposer que la reconnaissance a effet contre la femme, tandis que l'art. 337 porte le contraire.

L'objection nous paraît peu exacte. En disant que la reconnaissance ne pourra nuire à l'autre époux, l'article 337 ne peut s'entendre que des droits déjà acquis à ces époux ou de ceux que la loi lui attribuerait, indépendamment de la volonté de l'homme. C'est en ce sens que nous avons dit que des dispositions irrévocables faites en faveur de l'un des époux ne pourraient être altérées par la reconnaissance ultérieure d'un enfant naturel.

Mais l'article ne peut s'appliquer à des libéralités qui empruntent toute leur étendue, toute leur valeur, de la volonté d'un donateur ou d'un testateur, et que celui-ci a conservé la faculté de modifier, de détruire même par un changement partiel ou complet de cette volonté.

Or, tel est le cas d'une donation faite entr'époux pendant le mariage ou d'une disposition testamentaire.

M. Duranton convient que l'époux qui a fait la reconnaissance pourrait faire, au profit de l'enfant, un legs régulier dont la délivrance ne pourrait pas être refusée par l'autre époux légataire universel.

Cependant, dans cette hypothèse, la reconnaissance de cet enfant naturel nuirait à l'époux légataire; car ce serait évidemment sa qualité d'enfant qui serait la cause impulsive du legs.

Le legs cependant serait régulier, parce qu'il y aurait eu changement de volonté dans le testateur. M. Duranton en convient.

Mais que ce changement se manifeste de telle ou de telle manière, par tel ou tel acte, n'est-ce pas la même chose? Et faudra-t-il réduire la difficulté à une simple question de forme?

Cela serait futile, il semble; et l'on doit dire que la reconnaissance, postérieure à une disposition essentiellement variable, caractérise une modification positive dans la volonté première de donner tout à l'autre époux, et que de même que cette disposition universelle, si elle eût été faite en faveur d'un étranger, eût dû être réduite, de même aussi, quoique faite en faveur du conjoint, elle doit éprouver la réduction exigée pour que l'enfant jouisse de la réserve que fait la loi en sa faveur.

Seulement l'existence de la disposition universelle réduira l'enfant naturel à la moitié ou aux trois quarts de la réserve légale d'un enfant légitime, tandis que, si un legs particulier lui était fait par son père, il aurait droit à la totalité du legs pourvu qu'il n'excédât pas la portion qui lui est fixée par l'art. 757 dans une succession qui s'ouvre *ab intestat* (C. civ., art. 908).

851. Une question plus grave se présenterait, si, en l'absence de tout parent au degré successible, le conjoint était appelé par la loi à recueillir la succession de l'autre époux (C. c., art. 767).

Dans ce cas, qui se présentera rarement sans doute, il paraîtrait autorisé par le texte de l'art. 337 à écarter de la succession l'enfant naturel, puisque la présence seule de cet enfant le priverait d'une hérédité qu'il aurait recueillie si l'enfant n'avait pas été reconnu (V. l'art. 758).

Il nous semble qu'il serait nécessaire, dans cette hypothèse, qu'un testament du père naturel vînt au secours de l'enfant, et lui conférât les droits de légataire universel

pour suppléer aux droits d'héritier dont l'art. 337 le priverait.

852. L'art. 337 ne s'occupe que des reconnaissances volontaires. La forme de sa rédaction suppose qu'il dépend de l'époux de ne pas reconnaître l'enfant qu'il aurait eu avant son mariage. C'est aussi ce qu'indiquent les dissertations faites au Conseil d'Etat.

Mais il peut se faire que la reconnaissance soit forcée et que des poursuites judiciaires attribuent à un père, à une mère, un enfant naturel qu'ils ne reconnaîtraient pas spontanément.

On sait, en effet, que la recherche de paternité, interdite en général, est autorisée en cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapporte à celle de la conception (C. civ., art. 340).

Quant à la recherche de maternité, elle est toujours admise sous les conditions prévues par l'art. 341.

853. Quels seront les droits des enfants naturels ainsi reconnus pendant le mariage par suite d'une contrainte judiciaire?

La question a été longuement agitée au Conseil d'Etat, mais seulement quant à la recherche de maternité.

Elle ne pouvait être douteuse sur les conséquences d'une recherche de paternité, parce que l'action n'est permise que comme ayant été provoquée par un fait criminel, l'enlèvement. Il était donc d'une justice rigoureuse que l'enfant, dont la naissance aurait été le fruit du délit, jouit de tous les droits accordés par la loi aux enfants naturels. Le mariage du coupable, avec une personne autre que la victime du délit, aggravant le tort au lieu de l'affaiblir, ne devait pas le garantir de la recherche de paternité et de ses effets.

854. Mais ces motifs ne s'appliquaient pas à la recherche de maternité, et des discussions sérieuses s'élevèrent au Conseil d'Etat sur l'admission de cette recherche pendant le mariage.

Un amendement avait été proposé pour défendre la preuve de la maternité pendant le mariage de la mère avec un autre individu que le père prétendu.

On le motivait 1° sur ce que l'intérêt de l'enfant né hors du mariage ne doit pas l'emporter sur l'intérêt du mari et sur la paix domestique ;

2° Sur ce qu'en ménageant ainsi la tranquillite du mari et celui de sa famille on ne cause pas à l'enfant un préjudice réel, puisque l'article 338 l'autorise à faire valoir ses droits lors de l'ouverture de la succession ;

3° Sur ce que la crainte de cette recherche obligerait les mères à faire à leur mari l'aveu de leur faute avant le mariage, et que cet aveu pourrait condamner les mères au célibat ;

4° Sur ce que ce serait prêter à l'enfant un dangereux secours et l'autoriser à se rendre l'assassin moral de sa mère que de lui permettre d'intenter contre elle une action qui la couvrirait de honte et qui jetterait la discorde et le désespoir dans le sein d'une famille honorable et paisible.

On répondit que les ménagements dus à la mère ne devaient pas aller jusqu'à refuser à l'enfant la faculté de faire preuve d'un état qui lui est acquis, et que ses preuves pourraient dépérir s'il ne lui était permis de les faire valoir qu'à l'ouverture de la succession de la mère;

Qu'on ne pouvait rejeter une action d'autant plus favorable qu'elle n'a que des aliments ou l'équivalent pour objet ;

Que si la loi refusait à l'enfant l'accès des tribunaux, elle ne pourrait l'empêcher de se présenter, avec son commencement de preuve par écrit, à la porte de sa mère pour réclamer les droits de la nature... Que l'honneur de la mère n'y gagnerait rien et l'harmonie entre les époux n'en serait pas moins troublée ;

Que si la crainte d'une pareille action frappe assez les femmes pour obvier à leur dissimulation avant le mariage, l'union en deviendra plus pure, parce que les maris sauront

mieux avec qui ils s'unissent, ce qui est important pour l'ordre moral.

Ces considérations triomphèrent, et le Conseil d'Etat décida en principe que les *enfants nés avant le mariage de leur mère peuvent réclamer après le mariage qu'elle a contracté avec un autre individu que leur père.*

C'est en conséquence de cette décision que fut adopté l'art. 341, qui, sans distinguer la femme mariée de celle qui ne l'est pas, déclare que « la recherche de la maternité » est *admise.* »

Mais en exigeant que l'enfant qui réclame prouve qu'il est *identiquement* le même que l'enfant dont la femme est accouchée ;

Et en ne l'autorisant à faire *cette preuve par témoins* que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit (1).

On n'a pas examiné au Conseil d'Etat si, pour le cas du mariage de la mère avant la recherche de maternité, le commencement de preuve écrit exigé par l'art. 341 devait avoir une date certaine.

Cependant, sans cette condition, la faculté accordée à l'enfant par l'art. 341 peut rendre tout à fait illusoire la disposition de l'art. 337.

Car on considère comme commencement de preuve par écrit tout acte authentique ou sous seing-privé émané de la personne à laquelle on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué (V. C. civ., art. 1347).

Il serait donc facile à une mère d'éluder la règle de l'article 337 à l'aide d'un écrit anti-daté. Quoique la date n'en fût pas certaine, il pourrait fournir à l'enfant le moyen d'obtenir contre elle une déclaration judiciaire de maternité ; en sorte qu'elle ferait indirectement ce que l'art. 337 lui défendrait directement.

(1) V. l'Esprit du Code civil, éd. in-8°, t. 5, p. 199 et suiv. sur l'article 341 ; v. aussi Législat. civ. sur ce même article, commentaire 4, n°s 10, 12, 17, 20, 21, et comment. 7, n° 18.

Cette question n'offrirait, il est vrai, qu'un faible intérêt si l'enfant peut, après la dissolution du mariage, rechercher la maternité et se faire attribuer par cette recherche tous les droits attachés à la filiation naturelle. Telle était l'opinion des adversaires du système de la recherche de maternité pendant le mariage. Ils ne donnaient à leur refus que l'effet de surseoir à l'action jusqu'à la dissolution du mariage, en ajoutant que l'art. 338 les autorisait à faire valoir leurs droits lors de l'ouverture de la succession.

855. Quoi qu'il en soit, l'effet de la recherche de maternité comme celui de la recherche de paternité, dans le cas où elle est permise, sera, si l'enfant naturel prouve sa filiation, de lui attribuer tous les droits que lui aurait valus une reconnaissance volontairement faite avant le mariage.

Ainsi il aura droit à des aliments pendant le mariage et au partage des biens du père ou de la mère déclarés, après leur mort. (Arrêt de la Cour de Rouen du 27 juin 1812; autre de la Cour de Paris du 17 mars 1813 (1).

856. La prohibition portée par l'art. 337 n'est que temporaire. Si la reconnaissance est faite *pendant le mariage* elle ne peut être opposée aux enfants légitimes; si elle est faite après sa dissolution, elle appelle l'enfant naturel, concurremment avec les enfants légitimes, au partage des biens de l'auteur commun.

Il y a une espèce de contradiction dans de tels effets. Car c'est dans l'intérêt des enfants légitimes principalement qu'a été adoptée la règle écrite dans l'art. 337. C'est ce que démontrent les motifs de la loi.

Il semblerait donc qu'une reconnaissance postérieure au mariage ne devrait pas changer le sort de l'enfant naturel, ni affaiblir les droits des enfants légitimes. *Ubi eadem causa, ibi idem jus.*

Néanmoins, il en est autrement.

(1) Sirey, t. 12. 2. 418; et t. 13. 2. 230.

La défense étant limitée à un cas clairement exprimé, on ne doit pas l'étendre à un autre, ce serait ajouter à la loi. On sait, d'ailleurs, que les prohibitions sont de droit étroit.

Indépendamment, au reste, des principes sur les limites des prohibitions, des considérations puissantes détermineraient à les prescrire dans le cas prévu.

En effet, après la dissolution du mariage, l'époux survivant pourrait légitimer l'enfant né antérieurement, en épousant la mère. Il nuirait bien plus par cette légitimation aux enfants du premier mariage.

Pourquoi ne pourrait-il pas se borner à le reconnaître comme enfant naturel?

Tout autre enfant naturel né depuis la dissolution du premier mariage serait aussi valablement reconnu.

Pourquoi traiterait-on avec plus de rigueur ceux nés antérieurement?

La question cependant a été agitée devant les tribunaux; mais elle a été décidée en faveur de l'enfant, par arrêt de Pau, du 5 prairial an 13, et le pourvoi a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation, du 6 janvier 1808 (1).

Il n'en est pas moins vrai que les termes de l'article 337 présentent un inconvénient assez grave en faisant dépendre le sort de l'enfant naturel de la prolongation de l'existence de son auteur au delà du mariage.

Car si le père ou la mère naturels meurt avant son conjoint, la reconnaissance qu'il aura faite produira les effets ordinaires.

Etrange règle qui fait dépendre l'état et les droits de l'enfant de la longévité du père. Quoi qu'il en soit, telle qu'elle est il faut s'y soumettre.

857. La mère qui, pendant son mariage, voudrait reconnaître l'enfant naturel qu'elle aurait eu antérieurement, n'aurait pas besoin de l'autorisation de son époux pour

(1) Sirey, 8. 1. 86; Denev., 6. 1. 49. V. aussi Duranton, t. 3, n° 254; Toullier, n° 960; Proudhon, t. 2, p. 103; contre Delvincourt.

faire l'aveu de sa maternité. Elle ne fait pas un contrat; elle déclare un fait; l'article 225 ne s'applique pas. (Voir aussi l'article 217.)

Il serait même peu moral d'exiger la présence du mari à un acte semblable. Ce serait souvent rendre impossible une reconnaissance qui est facultative, sauf les conséquences (1).

858. Des raisons semblables doivent faire considérer comme valable la reconnaissance faite par un mineur. C'est aussi un fait qu'il avoue non une obligation qu'il contracte. S'il résulte de ce fait des conséquences qui lui imposent des devoirs envers l'enfant, ces devoirs dérivent du fait et non de la reconnaissance; ils n'en existeraient pas moins moralement, quoique le fait ne fût pas connu. Seulement, la vérité n'étant pas manifestée, la loi n'aurait pas d'empire. La déclaration d'un père mineur ne fait que rendre à la nature des droits dont la loi autorise ensuite l'exercice. Une telle déclaration ne peut être rétractée, parce que la vérité une fois reconnue ne peut être détruite. Le mineur ne peut pas davantage être restitué contre les engagements qui en résultent pour lui, parce qu'il n'a pas été trompé, parce que ses droits n'ont pas été lésés, parce qu'il n'y a rien d'injuste dans ses engagements, parce qu'ils sont, au contraire, le résultat d'une action illicite, et la juste indemnité due au fruit innocent de cette action. Aussi plusieurs arrêts ont-ils déclaré valable la reconnaissance d'un enfant naturel faite par un mineur. C'est ce qu'ont jugé, notamment un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 4 février 1811, et un arrêt de la Cour de cassation, du 22 juin 1813, qui rejette le pourvoi contre le précédent.

Un arrêt de la Cour de Douai, du 23 janvier 1819, a

(1) Toullier, t. 2, n° 960; Proudhon, 2, p. 102; Duranton, t. 3, n° 257.

aussi confirmé une reconnaissance faite par un père soumis à un conseil judiciaire (1).

La recherche de paternité ou de maternité pourrait par les mêmes raisons être faite contre un père ou une mère mineurs.

859. Quoique reconnu seulement pendant le mariage, l'enfant naturel, né antérieurement d'un seul des époux, a droit à des aliments. L'article 337 ne le prive que des droits successifs. La Cour de cassation l'a jugé ainsi en rejetant le pourvoi formé contre une décision de la Cour de Toulouse. L'arrêt est du 27 août 1811.

Cette sage décision n'a rien de contraire à la lettre ni à l'esprit de l'article 337; elle concilie les lois de la nature et de l'humanité avec le droit civil. Elle doit, il semble, former jurisprudence.

La Cour d'Agen l'a adoptée par un arrêt du 13 mars 1817 en condamnant des enfants légitimes qui étaient en possession de toute la succession de leur père à payer une pension alimentaire à leur frère naturel, quoiqu'il n'eût été reconnu que pendant le mariage et que le père lui eût fait apprendre un état, qui ne suffisait pas, il est vrai, à la nourriture et à l'entretien de sa famille.

Par arrêt du 12 mars 1810, la Cour de Rennes a accordé des aliments à un enfant qui n'avait d'autre titre qu'un jugement en déclaration de maternité.

Antérieurement, et par arrêt du 13 juin 1809, la Cour de Paris avait aussi admis la demande en aliment d'un enfant reconnu pendant le mariage avant l'émission du Code civil (2).

On sait que la loi du 12 brumaire an 2, renvoyait au

(1) Sirey, t. 11. 2. 199; 13. 1. 281; 2. 102; et Denevers, 9. 2. 84; 1. 360: 20. 2. 183.

(2) V. ces divers arrêts dans le Journal de Sirey, t. 10. 2. 255; 12. 1, 13; et 2. 356: 17. 2. 281; et dans le Journal de Denevers, 8. 2. 101; 9. 1. 85; 15. 2. 58.

Code civil la fixation de l'état et des droits des enfants naturels dont les père et mère existeraient lors de sa promulgation ; en sorte que ce dernier arrêt juge la question sous l'influence de l'article 337 du Code (1).

860. La filiation naturelle devait être prouvée, suivant la loi du 12 brumaire an 2, par la possession d'état, qui ne pouvait résulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du père ou de la suite des soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à l'entretien qu'à l'éducation de l'enfant.

Cette disposition s'appliquait aussi à la mère. (Voir l'article 8 de cette loi.)

Cependant, malgré un acte de reconnaissance sous seing-privé portant une date antérieure à la loi du 12 brumaire an 2, et quoique ce mode de reconnaissance fût autorisé même avant cette loi qui, d'ailleurs, en consacrait la validité, il a été jugé par la Cour de cassation qu'une telle reconnaissance n'ayant acquis de date certaine que postérieurement au mariage contracté par le père, sous le Code civil, ne pouvait être opposée par l'enfant naturel aux enfants issus du mariage. L'arrêt est du 22 mai 1822; il rejette un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Pau (2).

Cet arrêt a fait une application exacte mais rigoureuse de l'art. 10 de la loi du 12 brumaire an 2.

861. L'article 337 ne s'explique pas sur la reconnaissance que feraient les époux d'un enfant né de l'un et l'autre avant le mariage. De son silence on doit conclure qu'une telle reconnaissance doit produire les effets ordinaires. C'est-à-dire que l'enfant reconnu ne sera pas légitime puisque la reconnaissance n'aura pas précédé le mariage; mais qu'il

(1) L'art. 10 de la loi du 12 brumaire an 2 est ainsi conçu :

« A l'égard des enfants nés hors du mariage dont les père et mère seront encore existants lors de la promulgation du Code civil, leur état et leurs droits seront en tous points réglés par les dispositions du Code. »

(2) Sirey, 23. 1. 37; Denev., 20. 1. 461.

jouira de tous les droits attribués par la loi aux enfants naturels.

862. Mais quel sera l'effet de cette reconnaissance si elle n'est faite que par l'un des époux ?

Si elle émane de la mère seule quelle, que soit la déclaration de paternité qu'elle contienne, elle ne pourra valoir contre le père, ni autoriser la recherche de paternité. (C. civ., art. 340.)

Le père devra donc être considéré comme inconnu ; et par conséquent l'art. 337 sera applicable à cette reconnaissance isolée. Elle ne pourra nuire ni au mari ni aux enfants nés du mariage.

Si c'est le père seul qui reconnaît l'enfant, le silence de la mère rendra, par les mêmes motifs, la reconnaissance sans effet à son égard comme à celui des enfants légitimes nés du mariage.

Mais comme la recherche de la maternité est permise, l'enfant pourra exercer cette action s'il a un commencement de preuve par écrit, et le succès de sa demande lui attribuera la qualité et tous les droits d'enfant naturel, non-seulement à l'égard de la mère mais encore à l'égard des enfants légitimes.

Remarquons que l'acte de naissance de l'enfant ne pourrait lui servir de commencement de preuve par écrit, si la mère n'y avait pas concouru. On ne pourrait opposer à celle-ci une déclaration qui ne serait pas son ouvrage et à laquelle elle serait restée entièrement étrangère, quelque digne de confiance qu'elle parût être (1).

L'art. 337 n'annule les effets de la reconnaissance volontaire faite pendant le mariage qu'en faveur de celui des époux qui n'a pas reconnu et des enfants nés du mariage.

Les termes restrictifs de la disposition ne permettraient pas ni aux enfants légitimes nés d'un autre mariage anté-

(1) Arrêt de cassat. du 28 mai 1810 ; Sirey, 10, 1, 193.

rieur ou postérieur, ni aux autres parents ascendants ou collatéraux de celui qui a reconnu, de demander la nullité des effets de cette reconnaissance, ni d'en profiter.

Si donc les enfants nés du mariage renoncent à la succession du père, l'enfant naturel, quoique reconnu pendant ce mariage, y prendra part soit avec ses autres frères ou sœurs nés d'un autre mariage, soit avec les autres parents, ascendants ou collatéraux.

Par une seconde conséquence de ces principes, lorsqu'il y a des enfants légitimes de plusieurs mariages, l'enfant naturel devra obtenir une portion du patrimoine du père ou de la mère qui l'a reconnu, au préjudice de ceux de ses frères ou sœurs légitimes qui ne sont pas nés du mariage pendant lequel la reconnaissance aurait eu lieu. Si, par exemple, il y avait deux enfants légitimes et un enfant naturel qui aurait été reconnu pendant le second mariage, l'existence de cet enfant naturel ne devrait pas être considérée à l'égard de l'enfant du second mariage pour le partage des biens ; mais elle devrait l'être relativement à l'enfant né du premier mariage; en sorte que l'un des enfants légitimes recueillerait la moitié complète de l'hérédité paternelle; mais l'autre enfant auquel la reconnaissance pourrait être opposée, devrait délaisser une portion de la seconde moitié à son frère naturel. Cette portion serait de 1/9me de cette moitié ou d'1/18me de la totalité.

En effet, si la reconnaissance était valable à l'égard des deux frères légitimes, l'enfant naturel aurait eu droit, en supposant la succession ouverte *ab intestat*, à un tiers de sa portion héréditaire, c'est-à-dire à 1/9me ; ce 9me aurait été pris, en proportion égale, sur la moitié de chacun des deux frères légitimes qui y auraient, par conséquent, contribué chacun pour 1/18me. Mais l'enfant naturel n'étant pas légalement reconnu à l'égard de l'un des frères, ne doit rien obtenir aux dépens de celui-ci. Il est donc réduit à 1/18me des biens paternels au lieu de 1/9me (C. civ., art. 757).

864. Si par une reconnaissance faite pendant son mariage avec une autre personne que la mère, un père ne peut assurer à son enfant naturel les droits que la loi lui conférerait dans les cas ordinaires, au moins lui est-il permis de faire en sa faveur une disposition testamentaire ou entre-vifs. Car tout ce que la loi, l'ordre public ou les bonnes mœurs ne défendent pas, est licite. Or, ni l'ordre public ni les bonnes mœurs ne seraient blessés par un don modique que ferait un père à son enfant naturel. La loi elle-même ne prohibe que les dons qui excèderaient ce qui est accordé à tout enfant naturel au titre des successions. Elle n'interdit pas les libéralités renfermées dans de justes bornes.

Seulement les enfants légitimes pourraient prétendre que la libéralité leur nuit.

Mais l'enfant naturel répondrait avec avantage que ce n'est pas dans la reconnaissance, que c'est dans un testament ou dans une donation entre-vifs, qu'il puise son droit ; que l'art. 337 ne prohibe pas les libéralités ; qu'elles vaudraient à l'égard d'un étranger ; qu'il n'y a pas de raison pour qu'elles ne vaillent pas dans son intérêt ; qu'au reste il est pour eux un étranger, la reconnaissance étant nulle à leur égard ; et que, puisqu'il n'a pas le droit de l'invoquer contr'eux, ils ne peuvent avoir eux-mêmes celui d'en argumenter à son préjudice.

Ces raisonnements, qui n'auraient rien de contraire à la loi et que l'équité protégerait, devraient, il semble, triompher.

865. Quoique imparfaite dans ses effets, la reconnaissance faite pendant le mariage n'en établit pas moins entre l'enfant naturel et celui qui l'a reconnu, des rapports, des droits, des obligations que la nature a créés elle-même et que la loi civile a consacrés en les déclarant.

C'est en exécution d'une de ces obligations que des aliments sont dus à l'enfant naturel dans le besoin, quelle que soit l'époque ou il ait été reconnu ; et l'obligation doit être réciproque.

La qualité d'enfant accordée par la reconnaissance impose aussi à cet enfant tous les devoirs qui sont attachés à ce titre, et attribue au père les droits de respect, d'obéissance, et en général tous ceux que la paternité confère, même les droits de tutelle et de succession, comme aussi celui de s'opposer au mariage de l'enfant qui voudrait contracter une union sans le consentement du père qui l'aurait reconnu.

866. Mais il ne fallait pas qu'une reconnaissance ou une recherche de paternité ou de maternité pût devenir une occasion de fraude et de spéculations.

Le législateur devait donc prendre des précautions contre les abus.

Il les a prises en autorisant à contester la reconnaissance.

Cette faculté est écrite dans l'art. 339 du Code civil.

Art. 339. « Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. »

Le tribun Duveyrier a, dans un rapport lumineux fait sur le titre de la Filiation, exposé avec autant de clarté que d'élégance les motifs et l'objet de la disposition.

« La reconnaissance d'un enfant naturel peut nuire à tout autre qui aurait plus de tendresse et plus de raisons pour se dire le père de l'enfant.

» Elle peut nuire à l'enfant qui a déjà trouvé ou qui réclame un autre père.

» La reconnaissance faite par le père, ou la réclamation élevée par l'enfant, peuvent, l'une aussi-bien que l'autre, nuire à des héritiers légitimes.

» Ces divers intérêts, et tous autres qu'il est impossible de prévoir et de désigner, ont indiqué la justice et la nécessité d'une disposition générale qui donnât à tous ceux qui y ont intérêt le droit de contester soit la reconnaissance faite par le père ou la mère, soit la réclamation élevée par l'enfant.

» Et nous ne craindrons pas que cette disposition généra-

lement exprimée puisse étendre la faculté de contester, jusqu'à l'abus toujours trop facile en cette matière, et surtout jusqu'à l'usage indirect de ces exceptions odieuses, de ces inquisitions flétrissantes dont l'acte lui-même ne contiendrait aucune preuve, aucun indice, et dont le projet de loi, dans son esprit, dans ses principes, dans ses préceptes, signale sans cesse la proscription absolue.

» L'objet est simple et le sens est clair. C'est l'acte lui-même qu'il s'agira d'attaquer; sa forme si elle n'est point authentique ou si elle est irrégulière, son contexte si le mensonge et la fraude l'ont dicté.

» Mais qu'on veuille affaiblir le crédit de cet acte ou changer ses résultats par l'enquête scandaleuse d'un fait qui serait étranger à l'acte contesté; que des collatéraux, par exemple, pour diminuer la portion que la loi donnera à l'enfant naturel dans la succession de son père, et pour le réduire aux aliments charitables réservés à l'enfant du crime, prétendent que cet enfant reconnu par un père libre est entaché d'adultère du côté de sa mère inconnue et non désignée dans l'acte, nous devons penser qu'ils ne seront point écoutés (1). »

Ces sages observations offrent un excellent guide pour l'examen et l'appréciation de ces sortes de difficultés et pour la détermination des faits dont la preuve peut être ordonnée, et de ceux qui, par le scandale qu'ils présenteraient, devront être rejetés.

Le danger de ce scandale, l'incertitude même de la paternité lorsque la reconnaissance du père est isolée de l'aveu de la mère, excitèrent au Conseil d'Etat une discussion longue et animée. Plusieurs voulaient ne donner effet à la reconnaissance du père qu'autant qu'elle serait consacrée par la déclaration de la mère.

Mais le ministre de la justice fit observer qu'il importait

(1) V. Législ. civ. de Locré sur l'art. 339, comment. 11, nos 48 et 49.

cependant de ménager un moyen de reconnaître des enfants naturels inscrits comme nés de père et mère inconnus et que leur mère ne veut pas avouer ou parce qu'elle a été mariée depuis ou parce qu'elle cherche un époux. D'un autre côté la mère peut être absente ; on peut ignorer où elle réside ; elle peut être morte. Dans tous ces cas l'enfant sera donc privé de la reconnaissance du père (1).

867. M. Defermon présenta l'idée que la reconnaissance du père devrait avoir effet si elle n'était pas désavouée par la mère.

Cet amendement fut d'abord admis. Cependant il ne fut pas converti en règle. Et dans une séance postérieure de nouvelles discussions firent sentir le danger de s'en rapporter aveuglément au désaveu d'une mère qui pourrait être passionnée et haineuse.

Cette dernière discussion produisit l'art. 336 suivant lequel « la reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père (2). »

Les débats qu'a produits la rédaction de cet article donnent la mesure du degré d'influence que devrait obtenir le désaveu de la mère dans une contestation sur la reconnaissance de paternité.

Ce désaveu cependant devrait être jugé ; et s'il était démenti par son aveu antérieur ou par d'autres circonstances graves, il devrait être rejeté.

868. L'enfant reconnu est le plus intéressé dans l'acte qui fixe son état. Il doit donc aussi être le premier reçu à contester l'exactitude de la reconnaissance si elle lui paraît fausse et s'il la considère comme nuisible à d'autres droits. Mais sa dénégation ne doit pas être légèrement admise. Il faut qu'elle soit fondée sur des motifs puissants. Car, comme

(1) Législation civile, commentaire 4, nos 14 et suivants ; procès-verbal du 26 brumaire an 11.

(2) Procès-verbal du 29 fructidor an 10, *ibid*, commentaire 6, nos 21, 22, 23, 24.

le remarque avec justesse M. Duranton, « la paternité ne » forme pas un contrat qui exige un consentement réciproque ; elle est l'ouvrage de la nature seule ; l'acte de reconnaissance en est seulement la manifestation, et si elle » est réelle, il n'appartient pas plus à l'enfant de la répudier qu'il n'appartient au père de la méconnaître après » l'avoir avouée. C'est donc sur le fait même de la paternité que peut rouler la contestation (1). »

Toute personne, qui a intérêt à la nullité de la reconnaissance, peut la contester, dit l'art. 339.

Mais on ne doit cependant pas accorder à toutes la même faveur et les mêmes facilités. Si c'est l'enfant reconnu qui conteste, la reconnaissance déjà faite n'établit sur la paternité qu'une simple présomption que d'autres présomptions de même nature peuvent détruire.

En ce cas les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire qui les autorise à mettre, à leur choix, la preuve directe de la paternité ou celle de la non paternité à la charge du père ou à celle de l'enfant. C'est d'après les circonstances de la cause que les juges doivent se déterminer. C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de Rouen, par arrêt du 15 mars 1826 (2).

869. Mais si la contestation est élevée soit contre l'enfant, soit, sans le concours de celui-ci, contre le père qui l'a reconnu, on doit exiger de ceux qui contestent des preuves directes et positives qui justifient leur action. Car il y a dans ce cas pour le père, pour l'enfant, un commencement de possession d'état qu'ils doivent conserver tant qu'il n'est pas établi que le fait sur lequel cette possession repose n'est pas réel.

D'ailleurs l'acte de reconnaissance même est un titre pour l'un comme pour l'autre ; et ce titre ne peut être détruit sans de grands motifs.

(1) Duranton, t. 3, n° 260.
(2) Sirey, 28. 2. 43.

Il serait superflu d'indiquer quelles sont les personnes qui seraient admissibles à contester la reconnaissance de l'enfant naturel. Les frères légitimes, les autres frères naturels eux-mêmes, auraient ce droit sans nul doute. Il appartiendrait aussi aux ascendants appelés à succéder, aux héritiers collatéraux, aux donataires, aux légataires, en un mot à tous ceux dont les droits, dont les avantages seraient froissés par ceux que la loi accorde aux enfants naturels... Le défaut d'intérêt seul pourrait écarter l'action.

Quelle que soit, au reste, la personne qui conteste, parmi les preuves qu'elle offrirait à l'appui de sa dénégation, les tribunaux seront assez sages pour ne pas admettre celles qui tendraient à attribuer la paternité ou même la maternité à un tiers. Car, outre le scandale que de telles preuves entraîneraient, leur admission serait ou une violation du principe consigné dans l'art. 340 du Code civil qui défend la recherche de la paternité, ou une fausse application de l'article 341 qui n'autorise la recherche de la maternité que de la part de l'enfant privé de son état.

Tout ce que nous avons dit sur les contestations des reconnaissances de paternité ou de maternité suppose qu'il s'agit de reconnaissances d'enfants nés de personnes libres et non parentes au degré prohibé par la loi et la morale publique.

Car si la reconnaissance portait sur des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, elle serait nulle, d'une nullité tellement absolue qu'elle ne pourrait être ni opposée à l'enfant ni invoquée par lui. L'enfant serait censé n'avoir jamais été reconnu ; son état resterait incertain. Cela a été ainsi jugé par une foule d'arrêts (1).

Les mêmes personnes que la loi autorise à contester la

(1) V. notamment des arrêts de la Cour de cassation des 11 novembre 1819; 1er août 1827, 18 mars 1828, etc.; dans le Journal de Sirey, t. 20. 1. 222; 28. 1. 49 et 313; et dans celui de Dalloz, t. 18. 1. 181. 25. 1. 436; 26. 1. 179.

reconnaissance d'un enfant naturel ont aussi le droit de repousser la réclamation de l'individu qui recherche une paternité ou une maternité non reconnues Pour ce second cas comme pour le premier l'intérêt est aussi la mesure du droit de contester.

Section II.

De l'adoption et de la tutelle officieuse pendant le mariage.

SOMMAIRE.

870. *Définition de l'adoption.*
871. *Elle existait chez les anciens peuples. — Conditions et formes de l'adoption chez les Romains.*
872. *Elle avait lieu en France sous la première race.*
873. *Elle est admise en Allemagne et chez plusieurs peuples de l'Europe.*
874. *Lois intermédiaires sur l'adoption.*
875. *Discussion sur la loi actuelle devant le Conseil d'Etat.*
876. *A quelles personnes est permise l'adoption* (*Code, art.* 343) ?
877. *L'adoption ne peut avoir lieu qu'entre Français.*
878. *Quelles personnes peuvent être adoptées et à quelles conditions* (*C. civ., art.* 345, 346) ?
879. *Réunion des conditions nécessaires pour l'adoption officieuse et sages motifs qui les ont dictées.*
880. *Le consentement des aïeux n'est pas exigé.*
881. *Le consentement des père et mère de l'adopté est exigé pour les filles comme pour les fils jusqu'à l'âge de* 25 *ans.*
882. *Le consentement du père ne suffit pas sans celui de la mère.*
883. *L'adoption du même enfant par deux époux peut être faite par le même acte ou par actes séparés.*
884. *Le consentement du conjoint de l'adopté est-il nécessaire ?*
885. *Conditions de l'adoption rémunératoire.*
886. *Les cas indiqués dans l'art.* 345 *sont-ils limitatifs ?*
887. *Le consentement des père et mère de l'adoptant n'est exigé dans aucune espèce d'adoption.*
888. *L'existence d'enfants naturels reconnus ne s'y oppose pas.*
889. *On peut adopter successivement plusieurs enfants.*
890. *Peut-on adopter les deux époux ?*

891. *De l'adoption des enfants naturels légalement reconnus. — Question controversée.*
892. *Ancien droit.*
893. *Dissertation et analyse des discussions du Conseil d'Etat.*
894. *Autorités et jurisprudence.*
895. *Arrêt de la Cour de Riom sur la question.*
896. *Arrêts opposés de la Cour de cassation.*
897. *L'arrêt rendu sur requête qui a admis l'adoption ne nuit pas à l'action en nullité formée après la mort de l'adoptant par ses héritiers.*
898. *Si au moment de l'adoption un enfant légitime de l'adoptant était conçu, qu'en résulterait-il?*
899. *Le délai de* 300 *jours à considérer devra partir du jour de l'acte d'adoption fait devant le juge de paix.*
900. Quid *si le père adoptif se mariait depuis l'adoption et avait un enfant né avant même* 180 *jours depuis l'adoption et qui ne serait pas désavoué?*
901. *L'adoption peut-elle être revoquée d'un consentement commun?*
902. *Des formes de l'adoption entre-vifs*, (*art.* 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359 *et* 360 *du Code.*)
903. *De la tutelle officieuse — Conditions et formalités.*
904. *Droits et obligations qu'elle produit.*
905. *But de la tutelle officieuse; elle prépare la tutelle testamentaire.*
906. *Condition de l'adoption testamentaire.*
907. *Si elle est faite avant les cinq ans peut-elle valoir?*
908. *Est-elle révoquée par la survenance d'enfants légitimes s'ils meurent avant l'adoptant?*
909. *Devient-elle caduque si l'enfant atteint sa majorité avant le décès de l'adoptant?*
910. *L'adoption testamentaire ne peut valoir comme rémunératoire.*
911. *Effets de l'adoption quant à la successibilité.*
912. *L'adoption révoque-t-elle les donations antérieures?*

870. L'adoption, son origine, ses conditions, ses formes pourraient être l'objet d'un traité particulier d'une assez grande étendue. Nous ne nous livrerons pas à tout le développement que ce sujet important comporterait. Ce ne serait pas ici le lieu puisque nous n'avons à considérer l'adoption que relativement à des personnes déjà mariées.

Cependant une notice courte et rapide sur l'adoption ne

sera pas absolument un hors d'œuvre. Nous ajouterons quelques documents historiques à ceux que nous avons déjà donnés ci-dessus dans la sect. 4 du chap. 1er du titre 1er.

L'adoption est une fiction de sentiment inventée, pour consoler de leur isolement ceux qui n'ont point eu le bonheur d'être pères ou qui auraient éprouvé le cruel malheur de perdre leurs enfants.

Cujas la définit, une action de la loi qui vous donne un fils pour vous tenir lieu de celui que la nature vous a refusé.

Adoptio est legis actio quâ qui mihi filius non est ad vicem filii redigitur. Cujas, de adopt.

871. Quelques exemples indiquent que l'adoption existait chez les Hébreux. Mais son organisation chez ce peuple n'a pas laissé de traces.

Elle était connue chez les Grecs. Les Athéniens n'en faisaient usage qu'en faveur d'enfants mâles pour perpétuer le nom, sans que l'adopté fût lié à sa famille nouvelle ; il pouvait la quitter pourvu qu'il lui laissât un fils légitime qui la continuait.

Les Romains sont le peuple chez lequel cette institution a reçu le plus de développement. Parmi eux les mâles seuls pouvaient adopter. Il fallait qu'ils eussent au moins 25 ans et qu'ils fussent âgés de 17 au moins de plus que l'adopté.

Ils admettaient deux espèces d'adoption :

L'adoption proprement dite qui avait lieu pour ceux qui étaient encore sous la puissance de leur père ou de leurs ascendants paternels. (L. 1er, C., *de adopt.)*

Elle s'opérait par une vente que le père naturel, en présence de cinq témoins, déclarait consentir au père adoptif. La cérémonie était répétée trois fois pour consommer l'adoption.

Une seule vente suffisait pour l'adoption d'un petit-fils ou d'une fille.

La seconde espèce d'adoption s'appliquait aux enfants qui n'étaient plus sous la puissance de leurs parents. Elle se

nommait adrogation parce qu'il fallait la demander au peuple réuni en Comices, qui l'admettait après avoir entendu l'adopté et l'adoptant lorsqu'ils exprimaient devant lui leur double consentement.

Ces deux formes d'adoption attribuaient au père adoptif sur l'adopté tous les droits d'un père naturel.

Sous les empereurs l'adrogation se fit en vertu d'un rescrit du prince devant le préfet de la ville ou le gouverneur de la province. (L. 2, ff. *de adopt.* L. 3, Cod, *eod.*)

Diverses autres lois déterminaient les conditions et les formes de l'adoption.

On adoptait aussi par testament, en instituant quelqu'un pour son héritier à la charge par lui de porter le nom du testateur. C'est suivant ce dernier mode que Jules César adopta Octave.

L'adoption était autorisée chez les anciens Germains et chez les peuples qui envahirent le midi de l'Europe.

872. Elle fut long-temps pratiquée en France sous la première race de nos rois; mais elle tomba en désuétude; les Capitulaires de Charlemagne n'en parlent pas, et elle fut complètement oubliée sous la seconde race.

873. L'usage s'en est maintenu en Allemagne et il y a été consacré et régularisé par la loi.

Le Code prussien a un titre entier consacré à l'adoption et à la tutelle officieuse. Son système et ses principales dispositions ont été empruntées par nos législateurs.

Les Codes autrichiens et bavarois ont aussi des règles sur cette matière. Le Code bavarois notamment a pris du droit romain la distinction entre l'adoption et l'adrogation, et il ne permet pas aux femmes d'adopter.

Le Code sarde et celui du royaume des Deux-Siciles, qui avaient reçu de nos lois cette institution, l'ont conservée, sauf de légères modifications telle qu'elle est réglée dans le Code Napoléon.

874. En France, le principe de l'adoption fut décrété par

l'assemblée nationale, le 18 janvier 1792. La disposition est ainsi conçue :

« L'assemblée nationale décrète que son comité de lé-
» gislation comprendra dans son plan général des lois ci-
» viles, celles relatives à l'adoption. »

Par un second décret, du 25 janvier 1793, la convention nationale déclara adopter la fille de Michel Lepelletier, et chargea son comité de législation de lui présenter incessamment un rapport sur les lois d'adoption.

Fidèles à cette prescription, tous les projets de Code qui ont paru depuis s'en sont occupés, à l'exception cependant du dernier projet qui ne parle pas de l'adoption, parce que la commission n'avait pas pensé qu'elle dût être admise en France. La Cour de cassation et celles de Paris et de Bourges firent remarquer cette omission et demandèrent que cette institution bienfaisante fût introduite dans la loi nouvelle. La Cour de cassation rédigea même un chapitre sur cette matière.

La Section de législation se rendit à ces avis et présenta un projet sur l'adoption.

Une loi transitoire, du 15 avril 1803, a déclaré valables toutes les adoptions faites depuis le décret du 8 janvier 1792 jusqu'à la publication du Code civil.

Cette loi maintient dans tous leurs effets les règlements qui auraient eu lieu, par actes authentiques entre-vifs, par jugement ou par testament, pour les droits des adoptés, et elle renvoie aux dispositions du Code civil la fixation des droits qui n'auraient pas encore été réglés.

875. La discussion de la loi générale sur l'adoption fit naître au Conseil d'Etat de longues dissertations.

L'admission du principe ne fut jamais contestée. Mais on éleva des difficultés secondaires.

Un premier système n'autorisait l'adoption qu'à l'égard des mineurs, et l'on avait proposé de défendre au tuteur d'adopter son pupille tant que la tutelle durerait.

Le système et la proposition furent abandonnés par la résolution arrêtée de ne permettre d'adopter que des majeurs (1).

Ce fut surtout sur la capacité des adoptants que les discussions se prolongèrent.

On voulait refuser la faculté d'adopter, 1° aux célibataires; 2° à ceux qui n'auraient pas vécu dix ans dans le mariage.

La première proposition avait été dictée par le désir de rapprocher l'adoption de la nature, par la haine du concubinage et par la faveur due au mariage.

On disait sur la première incapacité que l'adoption est une paternité fictive; que la fiction doit se rapprocher le plus possible de la réalité; que celui qui n'est pas marié ne peut prétendre à une paternité légitime; et qu'on ne doit pas lui en accorder l'image ou le supplément.

On ajoutait qu'il ne faut pas mettre l'adoption en opposition avec l'union conjugale; qu'autrement on détruirait l'esprit de famille, on faciliterait les désordres, on encouragerait à préférer les unions illégitimes à l'union légale.

Mais il était répondu sur le premier motif que l'adoption n'était dans toutes ses parties qu'une fiction, et que la loi est libre de donner l'étendue qu'il lui plaît aux fictions qu'elle établit;

Qu'admettre que, la fiction ne pouvant aller plus loin que la vérité, un célibataire ne peut avoir des enfants adoptifs, ce serait aussi interdire cette consolation à toute personne qui aurait eu le malheur de perdre son épouse;

Qu'il est plus sage et plus juste de réduire l'adoption à ce qu'elle doit être, c'est-à-dire à suppléer la nature; qu'elle doit avoir cet avantage pour le célibataire comme pour

(1) Les Codes des autres peuples autorisent l'adoption des mineurs avec le consentement des père et mère ou de l'avis du Conseil de famille. Le Code sarde (art. 192) exige que le mineur ait accompli sa 18e année, ainsi que le Code sicilien, art. 270.

l'homme marié ; qu'il serait bizarre de refuser ce droit à un garçon âgé de 60 ans et de l'accorder à un jeune homme de 20 ans devenu veuf depuis un an ;

Qu'il serait injuste de frapper d'une sorte d'interdiction des hommes que des circonstances malheureuses, la faiblesse de leur santé, la nature de leurs affaires, souvent même leur bienfaisance envers leurs proches parents, peuvent avoir éloignés du mariage.

Sur le second motif, on faisait observer que la considération attachée au mariage lui ferait toujours donner la préférence ;

Que les attraits d'une union légale, les douceurs de la paternité légitime, le bonheur de se voir revivre dans l'enfant de son sang, l'emporteront toujours dans l'esprit et dans le cœur du plus grand nombre sur l'isolement et le triste calme du célibat.

Les opinions opposées se rallièrent à une disposition empruntée du Code prussien, qui ne permet d'adopter qu'à l'âge de cinquante ans.

Quant à la proposition de n'autoriser l'adoption par des personnes mariées qu'après dix ans de mariage, elle avait d'abord été admise ; mais un examen plus approfondi en fit reconnaître l'inconvénient surtout à l'égard des personnes qui se seraient mariées dans un âge avancé.

L'âge exigé pour l'adoptant et la précaution de ne pas permettre à un époux d'adopter sans le consentement de l'autre, parurent suffisants pour prévenir l'inconvénient de la survenance d'enfants, parce que le consentement sera sans doute refusé tant qu'il restera quelque espoir d'avoir des enfants naturels (1).

(1) V. l'Esprit du Code civil sur le titre de l'Adoption. V. aussi les procès-verbaux du Conseil d'Etat du 6 frimaire an 10, du 16 du même mois et du 5 ventôse an 11, dans la Législation civ. sur le titre de l'Adoption, commentaire 1, nos 2., 21, 23, 24, 25, 31, 32; commentaire 2, no 12 : commentaire 3, nos 9, 10, 13, 14 ; commentaire 9, nos 2, 3, 6, 7 et 8.

C'est une institution du droit civil, particulière à certaines nations, qui crée une paternité et une filiation légale quoique fictive, qui établit des rapports de famille, non-seulement entre l'adoptant et l'adopté, mais encore entre l'adopté et les autres enfants adoptifs ou légitimes de l'adoptant ainsi qu'entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, qui modifie l'état civil de l'adopté, et impose au père et au fils adoptifs comme il leur confère un état nouveau, des obligations et comme des droits sortant des règles ordinaires, dont les effets, par cela même, ne peuvent s'appliquer qu'à des personnes régies par la loi française, c'est-à-dire qu'à des regnicoles, qui de plus, ne soient pas frappés de mort civile.

Ainsi, des étrangers n'ont pas la capacité de faire une adoption ; ils ne peuvent légalement adopter un étranger ni même adopter un Français. Ils sont également incapables d'être adoptés, à moins cependant que par les traités faits entre la nation française et leur nation, ce droit réciproque n'ait été respectivement réservé.

C'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêts, notamment un arrêt de la Cour de cassation, du 5 août 1823, qui dans la cause Dugad, casse une décision contraire de la Cour de Colmar. Cette Cour avait déclaré valable l'adoption, par un Français, d'un étranger non naturalisé.

C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de la même Cour, du 22 novembre 1825, qui consacre par le rejet du pourvoi cette doctrine adoptée par la Cour de Dijon dans la cause de Sauler.

Ces principes n'ont pas été modifiés par la loi du 14 juillet 1819, qui, en abolissant le droit d'aubaine a attribué aux étrangers le droit de recueillir en France les biens qu'y auraient laissés à leur décès leurs parents étrangers. Ce droit de succession, restreint d'ailleurs aux biens des parents français, ce droit de succession diffère essentiellement du droit d'adoption. Par l'un, vous ne recueillez que des biens, par l'autre, vous obtenez une qualité, un état, une famille nouvelle.

C'est aussi ce qu'a décidé la Cour de cassation dans la cause Canillac, le 7 juin 1826, en cassant une décision contraire de la Cour de Nîmes (1).

La même incapacité s'applique à l'individu mort civilement qui ne peut même ni donner ni recevoir par acte entre-vifs, ni recueillir ou transmettre une succession, et qui, aux yeux de la loi, est considéré comme mort naturellement. (V. art. 25, C. civil.)

La question a été jugée dans ce sens, relativement à une adoption faite sous la loi de 1791. Cette adoption a été déclarée nulle parce que les père et mère étaient morts civilement, lorsqu'ils l'avaient faite, et quoiqu'ils eussent été amnistiés depuis. L'arrêt a été rendu par la Cour de Besançon, le 10 janvier 1808. Il est rapporté par Dalloz aîné dans son Dictionnaire, t. 1, p. 309.

Les mêmes motifs feraient juger la question de la même manière sous le Code civil.

878. Outre les conditions générales exigées de l'adoptant, l'une desquelles, comme nous venons de l'indiquer, s'applique à l'adopté, il en est plusieurs autres qui sont aussi prescrites pour l'adopté. Elles sont déclarées par les art. 345 et 346 du Code civil.

« La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots. Art. 345.

» Il suffira dans ce deuxième cas que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants lé-

(1) V. les trois arrêts dans le Journal de Sirey, t. 23. 1. 353, et t. 26. 1. 142 et 330; et dans le Journal de Dalloz, t. 21. 1. 322; et 24. 1. 7 et 299. — V. aussi sur cette question, Duranton, t. 3, n° 277; Delvincourt, t. 417; Grenier, *Traité de l'adoption*, p. 316 et suiv.

gitimes, et s'il est marié que son conjoint consente à l'adoption. »

rt. 346. « L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté.

» Si l'adopté, ayant encore ses père et mère ou l'un d'eux, n'a point accompli sa 25e année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant, et, s'il est majeur de 25 ans, de requérir leur conseil. »

Telles sont les conditions générales requises pour l'adoption soit de la part de l'adoptant soit respectivement à l'adopté.

Les articles cités distinguent deux espèces d'adoptions :

L'une purement bienfaisante ou gracieuse ;

L'autre qui est le prix d'un service rendu ou rémunératoire.

Il en est une troisième espèce autorisée par l'art. 366 du Code civil. Celle-ci se confère par testament, lorsqu'un tuteur officieux, dont le titre et les fonctions sont réglés par les art. 361 et suivants du Code civil, prévoyant son décès avant la majorité du pupille mais après cinq ans révolus depuis la tutelle, déclare par testament lui attribuer la qualité et les droits d'enfant adoptif.

Cette dernière espèce d'adoption est appelée tutelle testamentaire. Avant de l'examiner nous devons nous occuper des deux autres, soit sous le rapport des conditions générales requises de tout individu, soit sous celui des conditions particulières exigées des personnes mariées.

Ces conditions particulières sont écrites dans l'art. 344 qui interdit en même temps l'adoption du même enfant par plusieurs personnes, si ce n'est par deux époux.

rt. 344. « Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux.

» Hors le cas de l'art. 366 nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint. »

879. En réunissant les conditions prescrites pour l'adoption gracieuse, on voit :

1° Que l'adoptant doit être âgé de plus de cinquante ans ;

2° Qu'il ne doit avoir à l'époque de l'adoption ni enfants ni descendants légitimes ;

3° Qu'il doit avoir au moins quinze ans de plus que l'adopté ;

4° Que deux personnes qui ne sont pas époux ne peuvent pas adopter le même enfant, mais que deux époux le peuvent ;

5° Que si l'un des époux veut adopter, le consentement de son conjoint lui est nécessaire ;

6° Que l'adoption ne peut être conférée qu'à un majeur ;

7° Qu'il faut que l'enfant majeur que l'on se propose d'adopter ait reçu de l'adoptant, dans sa minorité et pendant six ans au moins, des secours et des soins non interrompus ;

8° Que l'adopté, enfant de famille, et qui n'a pas vingt-cinq ans, obtienne le consentement de ses père et mère, ou de celui d'entr'eux qui est encore vivant, et s'il a plus de vingt-cinq ans qu'il requière leur conseil.

Ces dispositions diverses, qui s'écartent dans plusieurs points des principes du droit romain sur les adoptions et des règles du Code prussien qui cependant a servi en partie de modèle à nos législateurs, ces dispositions, qu'un examen approfondi a préparées, ont été dictées par les plus sages motifs.

On a exigé que l'adoptant célibataire fût âgé de cinquante ans, parce qu'à cet âge le mariage offre en général peu d'attraits, et que l'un des sexes au moins, ne peut guère espérer de recevoir des enfants des mains de la nature. Les premières lois de Rome ne permettaient l'adoption qu'à 60 ans.

On a voulu que l'adoptant n'eût au moment de l'adoption ni enfants ni descendants. L'adoption est une consolation accordée à ceux qui sont privés du bonheur de la parternité. Ce serait manquer son but que de la permettre à ceux qui

sont déjà pères ; ce serait aussi nuire aux droits préexistants des enfants légitimes, et créer une source de désordres dans la famille.

La protection légale qui doit résulter de l'adoption commandait la condition de la supériorité d'âge de l'adoptant ; il convenait aussi de déterminer le nombre d'années dont l'adoptant devrait être plus âgé que l'adopté. La fixation à quinze ans ne choque pas les lois de la nature dont l'adoption est une image.

C'eût été blesser ces lois, et s'écarter de l'imitation que l'on s'est proposée, que de permettre à deux personnes qui ne sont pas époux d'adopter le même enfant. Selon les lois naturelles un enfant ne peut pas avoir plusieurs pères ; selon les lois sociales il ne doit avoir pour père et pour mère que deux époux. Ces considérations motivent suffisamment la quatrième condition.

La cinquième trouve son explication et sa cause dans l'union qui doit régner entre deux époux, dans l'intimité de leur association, dans le danger de troubler le calme et le bonheur domestiques, en introduisant un tiers dans la société conjugale sans le consentement des deux époux.

Ces considérations et le désir de faire de l'adoption l'imitation exacte de la nature avaient frappé de bons esprits, et leur avaient d'abord fait penser qu'il ne pouvait y avoir, sous le mariage, d'adoption que par les deux époux en commun.

Mais l'on réfléchit sur la différence de position où les deux époux pouvaient se trouver. L'un d'eux pouvait avoir des parents éloignés qu'il affectionnerait peu, et éprouver, dans l'abandon où le laisserait sa propre famille, le besoin de se créer les rapports intimes d'une filiation adoptive ; tandis que l'autre aurait des parents proches, objets de ses affections et qu'il ne voudrait pas priver d'un patrimoine que des aïeux communs lui auraient transmis. Pourquoi l'obliger à concourir à un acte qui blesserait ses sentiments et

ses idées de justice; ou pourquoi refuser les douceurs de l'adoption à celui des époux qui chercherait par une paternité fictive à consoler son isolement?

La crainte des troubles domestiques disparaissait, d'ailleurs, devant la nécessité du consentement de l'époux de l'adoptant.

C'est une idée heureuse que d'avoir exigé pour l'adoption la majorité de l'adopté. Cette idée ne se présenta pas d'abord. Au contraire, on voulait que l'adoption ne pût tomber que sur des mineurs.

Une telle disposition eût été plus concordante avec une imitation exacte de la nature.

Mais pour arriver à cette imitation parfaite, il aurait fallu aussi rompre les liens qui attachaient l'enfant à sa famille naturelle. La loi sans doute eût pu opérer ce changement dans l'ordre civil. Il eût été plus difficile de l'opérer dans l'ordre moral; et cependant si l'on ne parvenait pas à transporter, du père naturel au père adoptif, les affections du fils, l'adoption cessait d'imiter la nature.

D'un autre côté, pour conserver cette imitation, l'adoption devait être irrévocable. Or, comment aliéner à jamais l'état d'un citoyen sans son consentement? Comment le transporter irrévocablement dans une famille étrangère, sans même qu'il fût consulté?

Une telle disposition pouvait devenir le germe de graves abus, soit de la part du père naturel qui pourrait jeter un de ses enfants dans une famille etrangère pour améliorer le sort de ceux qu'il préférerait, soit même de la part du père adoptif qui, de concert avec le tuteur du mineur, pourrait spéculer sur la fortune d'un enfant maladif dont il convoiterait la succession.

Ces inconvénients disparaissaient en ne permettant d'adopter que celui qui ayant atteint sa majorité pourrait apprécier les avantages et les charges du nouveau titre qui lui serait offert.

Le Code prussien autorise l'adoption des mineurs ; mais l'adoption peut être révoquée du consentement des parties intéressées et sous la sanction du tribunal supérieur. (Code Prussien, art. 714.)

La septième condition prescrite par le Code Napoléon n'est pas moins sage. Soumettre à fournir des secours et des soins non interrompus pendant six ans de minorité à l'enfant qu'on se propose d'adopter, c'est une heureuse précaution qui a un double avantage :

Celui d'attacher le bienfaiteur et l'enfant l'un à l'autre par leurs rapports journaliers, par la reconnaissance de celui-ci, par les bienfaits même de celui-là. Car c'est une des précieuses qualités du cœur humain que de devenir affectueux par les services qu'il rend autant que par ceux qu'il reçoit.

Le second avantage est de s'assurer, pendant ce temps d'épreuves, si les rapports de caractères, d'habitudes, de convenances, d'amour et de protection d'un côté, de tendresse respectueuse et de soumission de l'autre, peuvent les engager, savoir, le plus âgé à conférer l'adoption, le plus jeune à l'accepter.

Quant au consentement que l'enfant doit obtenir de ses père et mère, s'il n'a pas accompli sa vingt-cinquième années, et à leur conseil qu'il doit requérir s'il est majeur de vingt-cinq ans, c'est la même règle que celle établie pour le mariage. L'adoption est de la part de l'adopté, comme le mariage même, une sorte d'aliénation de sa personne. Son entrée dans une famille étrangère, dont il va ajouter le nom au sien propre, est un acte qui intéresse d'assez près sa famille naturelle, pour qu'il ne puisse rien faire avant vingt-cinq ans sans le consentement et l'autorité des chefs de cette famille.

Lors même qu'il a passé cet âge, il doit requérir le conseil de son père qui, averti par cette réquisition, prend, auprès des tribunaux qui interviennent dans l'adoption, les mesures que lui prescrivent sa sagesse et l'intérêt de sa fa-

mille. C'est une nouvelle sanction donnée à cette puissance tutélaire, à cette magistrateure antique et révérée, l'unique appui des mœurs privées, le plus solide fondement des mœurs publiques (1). »

Ces observations font assez connaître que la condition prescrite s'applique, dans le cas d'adoption, comme dans celui du mariage, aux enfants naturels légalement reconnus comme aux enfants légitimes. (V. les art. 148, 149, 151 et 158 du Code civ.)

Le consentement des père et mère doit être justifié par écrit. La loi ne peut reconnaître un consentement verbal, dont la preuve, d'ailleurs, ne pourrait se faire que par témoins, ce qui ne saurait être admis dans une matière aussi grave.

La réquisition du Conseil se fait par un acte respectueux, comme pour les mariages. On n'est pas obligé de le renouveler; car la loi ne le dit pas.

880. Le consentement des aïeux et la réquisition de leur conseil ne sont pas exigés formellement si les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Le silence de la loi ne permet pas d'étendre la condition jusqu'à eux.

Mais comment devra être contestée l'impossibilité où seront les père et mère de constater leur volonté ?

Si cette impossibilité résulte de faiblesse d'esprit ou d'aliénation mentale, un jugement d'interdiction sera nécessaire. C'est la seule preuve légale qu'on puisse présenter.

Mais si les père et mère ou l'un d'eux sont absents et ont cessé de donner de leurs nouvelles, faudra-t-il un jugement de déclaration d'absence.

La loi n'indique pas d'autre moyen ; elle ne permet pas, comme pour le mariage, d'y suppléer par une déclaration

(1) Discours de M. Gary, orateur du Tribunat au Corps législatif. V. Législation de Locré sur le titre de l'Adoption, comment. 11, n° 12.

assermentée des parties intéressés et de quelques témoins. Un jugement sera donc nécessaire.

Par la même raison, si les père et mère sont décédés et que l'on ne puisse rapporter les actes des décès, il faudra aussi les faire constater judiciairement en la manière ordinaire (Art. 46, Code civil).

881. On remarquera qu'à la différence de l'art. 148 sur les mariages, l'art. 346 ne fait aucune distinction entre les filles et les fils âgés de moins de vingt-cinq ans accomplis. Les filles sont comme les fils tenues, pour être adoptées, d'obtenir jusqu'à cette âge le consentement de leurs père et mère.

882. Remarquons aussi que la loi ne dit pas comme pour les mariages qu'en cas de dissentiment entre les père et mère de l'enfant, le consentement du père suffit.

Rien dans les discussions du Conseil d'Etat n'indique le motif de ce silence. Mais enfin la loi ne fait aucune distinction entre le père et la mère ; elle accorde à l'un et à l'autre le même droit; elle place sur la même ligne leurs deux consentements. Si la mère refuse le sien quel que soit le vœu du père, l'adoption ne peut avoir lieu. Cette égalité de droit était bien due au cœur d'une mère menacée d'être privée de son fils par une adoption.

Si la mère est dans l'impossibilité d'exprimer une volonté le consentement du père suffit.

883. Relativement à l'adoption permise pendant le mariage une difficulté s'était élevée au Conseil d'État.

Si les deux époux adoptaient le même enfant, devaient-ils faire l'adoption par le même acte, ou pourraient-ils l'adopter par des actes séparés et à des époques diférentes ?

Cette dernière proposition est la seule vraie.

Le mode de la rédaction de l'art. 344 l'indique clairement. *Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux.* Ces expressions ne disent pas que les deux époux devront adopter simultanément ; par cela même ils

autorisent une adoption séparée comme une adoption en commun.

Au reste, tout doute, s'il pouvait s'en élever, disparaîtrait en comparant la rédaction qui avait d'abord été proposée à celle qui fut définitivement admise.

La disposition avait été ainsi rédigée :

L'adoption en commun ne peut être faite que par deux époux.

Mais le Tribunat fit observer que « cette rédaction sem-
» blerait dire qu'il n'est permis aux époux d'adopter le
» même individu, que lorsque l'adoption s'en fait en
» commun, c'est-à-dire simultanément et par le même
« acte; ce qui n'était pas dans l'intention de la loi qui
» même permet à l'époux qui n'aura d'abord fait que con-
» sentir à l'adoption, d'adopter ensuite le même individu. »

En conséquence, ajoute Locré, le Tribunat proposa la rédaction qui a été décrétée (1).

884. Les motifs qui commandent le consentement de l'époux à l'adoption que se proposerait de faire son conjoint, sont étrangers au cas où le conjoint serait adopté par un tiers. L'acceptation d'un père adoptif impose sans doute des devoirs d'affections et de respect. Mais il soumet rarement à des charges. C'est ordinairement un avantage que reçoit l'adopté, un protecteur qu'il se procure. L'adoptant ne peut être assimilé à l'adopté qui, comme en sa qualité, pourrait apporter du trouble dans la maison conjugale, s'emparer des affections, consommer les ressources, et dont la présence pourrait faire craindre son concours au partage des biens de l'un des époux avec les enfants légitimes de celui-ci, s'il lui en survenait. Le conjoint de l'adopté n'a donc aucun intérêt à s'opposer à l'adoption, et par conséquent son consentement n'est pas nécessaire. Aussi la loi ne l'exige pas, et l'on ne doit pas ajouter à ses exigences.

(1) Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 344. Voir aussi les observations du Tribunat.

Mais si c'est une épouse qui veut accepter une adoption, il faut qu'elle soit autorisée ou par son mari ou par la justice. Car elle forme un contrat civil pour la validité duquel une autorisation lui est nécessaire. (C. civil, art. 225) (1).

Telles sont les principales règles sur l'adoption bienfaisante ou officieuse.

885. L'adoption rémunératoire est affranchie de plusieurs des conditions prescrites pour l'adoption officieuse.

Il n'est pas nécessaire que l'adoptant soit âgé de cinquante ans ; il suffit qu'il soit majeur.

Il est indifférent qu'il ait ou non quinze ans de plus que l'adopté. L'on veut seulement qu'il soit plus âgé.

Six années de secours fournis et de soins donnés sans interruption ne sont pas exigées.

L'adoption, dans ce cas, est la récompense d'un grand acte de dévouement. C'est le prix d'un bienfait signalé. Elle ne doit pas se faire attendre.

Mais la reconnaissance même ne devait pas faire oublier les obligations d'un époux envers son épouse, d'un père envers ses enfants légitimes. Les droits préexistants de ceux-ci devaient être respectés.

La condition du consentement de l'épouse, celle de la non-existence des enfants et descendants légitimes ont donc dû être maintenues. Si ces conditions s'opposent à l'adoption, elles n'excluront pas tous les autres actes que la reconnaissance commande ; la dette pourra être payée par d'autres moyens ; elle deviendra même celle des enfants si leur père était hors d'état de l'acquitter (2).

Quant aux conditions relatives à l'adopté, il n'y avait pas de motifs pour les effacer. Ainsi, celle de la majorité, que commandait l'intérêt même de l'adopté, a été conservée. Celle du consentement des père et mère l'a été aussi comme prescrite par la morale et la piété filiale.

(1) Duranton, n° 292, t. 3.
(2) Exposé des motifs.

886. L'article 345 détermine les cas dans lesquels il autorise l'adoption rémunératoire. Ce sont ceux où *l'on a sauvé la vie de l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots.*

Ces trois cas sont-ils limitatifs ou ne doivent-ils être considérés que comme indicatifs?

La loi ne s'en explique pas, et les discussions qui l'ont préparée se taisent aussi.

Les discours des orateurs qui ont présenté le projet, sont également fort peu lumineux sur la difficulté. Seulement on lit dans celui du tribun Perreau des expressions qui sembleraient annoncer que la règle est limitative aux cas expressément prévus :

« On doit savoir gré encore aux auteurs du projet d'a-
» voir spécialement désigné l'espèce des dangers qui seuls
» donnent lieu, dans ce cas, à la faculté d'adopter. On voit
» tout ce qu'une dénomination vague dans ce genre aurait
» pu faire naître d'abus, et dans quel discrédit elle aurait
» bientôt fait tomber cette belle disposition de la loi. »

Cependant M. Duranton ne considère pas l'article comme rigoureusement limitatif; et son opinion nous paraît juste, relativement au moins à la nature des dangers indiqués dans l'article. Ce que l'on doit surtout considérer, c'est le service rendu et le péril du dévouement. Il faut que ce service ait sauvé la vie ; il faut aussi que son auteur se soit gravement exposé. Ce sont là les conditions principales, la première surtout.

Que se soit dans un combat contre les ennemis de l'état ou contre des assassins, celui qui pour sauver la vie d'un autre a exposé la sienne, est digne de l'adoption.

Qu'il l'ait retiré des flammes ou des flots, ou d'un bâtiment en ruines ou du fond d'une excavation soudaine, d'une fosse méphitique par exemple, en s'exposant lui-même à une mort presque certaine, dans tous ces cas, l'adoption est une récompense bien méritée. Il est digne d'être fils celui

qui en a déjà rempli les devoirs lorsqu'ils étaient très-périlleux. La loi ne pouvait désigner toutes les espèces de dangers ; elle a voulu que l'adoption fût le prix de la vie sauvée avec de grands risques. Quels que soient ces risques, d'ailleurs, s'ils ont été très-sérieux, le prix est dû. Le sentiment l'offre, et les tribunaux sont trop justes pour le refuser (1).

Mais l'adoption rémunératoire ne peut s'étendre jusqu'au fils de celui qui nous a sauvé la vie. C'est un privilége qui doit être renfermé dans les limites que la loi lui a tracées. Or, la loi ne l'admet qu'en faveur de la personne qui a rendu le service. On peut pour son fils employer le moyen de la tutelle officieuse. (Voir le procès-verbal du Conseil d'État, du 18 frimaire an 11.)

887. Dans le cas de l'adoption rénumératoire, il peut se rencontrer fréquemment que les père et mère de l'adoptant ou l'un d'eux, au moins, soient encore vivants. Cette circonstance, au contraire, doit être rare pour les adoptions officieuses qui exigent cinquante ans d'âge pour l'adoptant.

La loi ne parle dans aucun des deux cas du consentement des père et mère de l'adoptant. Celui-ci n'est donc pas tenu de le demander. Il n'est pas aussi tenu de requérir leur conseil, sur la nécessité duquel la loi est muette. On conçoit, au reste, les motifs de ce silence. L'adoptant étant majeur n'a pas légalement besoin de l'assentiment de ses père et mère pour contracter une obligation, quelle qu'elle soit. Il n'est pas, d'ailleurs, dans la position de l'adopté ; il n'aliène ni sa personne ni son état ; il n'entre pas dans une nouvelle famille ; il reçoit, au contraire, dans la sienne, l'individu qu'il adopte (2).

888. Si l'existence d'enfants ou de descendants légitimes est un obstacle à l'adoption, celle des enfants naturels même légalement reconnus ne s'y oppose pas. L'article 343 n'est

(1) Duranton, t. 3, n° 284.
(2) Duranton, t. 3, n° 282.

prohibitif que dans l'intérêt des enfants nés du mariage. Or, les prohibitions ne s'étendent pas d'un cas à un autre. La loi permet ce qu'elle ne défend pas.

889. Par la même raison on doit reconnaître qu'on peut adopter successivement plusieurs enfants. L'article 348 suppose même l'existence de cette faculté, puisqu'il défend le mariage entre les enfants adoptifs du même individu (1).

890. Duranton se propose une question qui n'est pas, il semble, très-sérieuse.

Il se demande si le même individu peut adopter les deux époux, et sa réponse est négative?

Cette réponse est juste. Car si l'adoption est l'image de la nature, on ne peut adopter deux individus qu'autant qu'ils pourraient être considérés comme frère et sœur. Or, la fiction ne peut aller jusqu'à supposer que deux époux sont frère et sœur. L'article 348 du Code repousserait même cette fiction, puisqu'il interdit le mariage entre les enfants adoptifs du même père (2).

Mais l'épouse de l'adoptant peut adopter l'épouse du fils adoptif. La fiction ne choque dans ce cas ni les convenances ni les usages, puisqu'on voit souvent l'enfant du premier lit d'un mari, s'unir en mariage à l'enfant du premier lit de sa belle-mère.

891. Une question plus grave roule sur l'adoption des enfants naturels *légalement reconnus*.

Nous disons *légalement reconnus*.

Car s'ils ne l'étaient pas, comment pourrait-on refuser, sous ce prétexte, l'adoption qui serait demandée?

Commment pourrait-on surtout l'attaquer après sa consommation?

La recherche de paternité est interdite.

(1) V. sur cette question, Duranton, n° 291; Toullier, n° 986; arrêt de la Cour de Bourges, du 21 frimaire an 12; Grenier, *Traité de l'adoption*, n° 10.

(2) Duranton, n° 292.

La recherche de maternité n'est permise qu'à l'enfant ou dans son intérêt.

On ne pourrait donc se procurer une preuve légale du vice de l'adoption.

Et cependant serait-ce sur des présomptions plus ou moins vagues, sur des indices toujours incertains, sur des ouï-dires trop souvent trompeurs que les tribunaux pourraient repousser une adoption proposée ou annuler celle qui déjà serait faite.

La difficulté ne peut donc pas s'élever à l'égard de l'enfant naturel qui n'est pas reconnu.

Cette difficulté est d'autant plus sérieuse qu'elle a été résolue en sens opposé par les anciens législateurs, par les auteurs modernes et par les arrêts.

892. L'adoption des enfants naturels était permise chez les Athéniens.

Elle le fut aussi long-temps chez les Romains. On en trouve un exemple dans la loi 46, ff. *de adoptionibus*, suivant laquelle l'enfant né pendant l'esclavage du père, quoiqu'il ne fût qu'enfant naturel, pouvait, après l'affranchissement du père, être adopté par rescrit du prince.

Aussi Pothier dans ses Pandectes au titre *de Adopt.*, n° 22, s'exprime-t-il ainsi en transcrivant cette loi : *Etiam filius naturalis adoptari potest.* (Voir aussi la loi 6 au Code de *nect. liber.*)

L'empereur Justin fut le premier qui, dans l'intérêt de la décence des mœurs publiques prohiba cette adoption ; et Justinien confirma cette prohibition par sa novelle 74, chap. 3. Dans cette novelle même on rappelle l'ancien usage sur cette adoption... *Adoptionis modus erat antiquitùs... super naturales ad legitimos transferandos.*

L'ancien droit français ne reconnaissait pas d'adoption.

Mais le droit intermédiaire l'ayant admise, elle a été appliquée à des enfants naturels, et la jurisprudence l'a sanctionnée. Cette jurisprudence s'est prononcée par un arrêt

de la Cour de cassation du 24 novembre 1806 ; par un autre arrêt de la Cour de Toulouse du 5 mars 1817 ; par un arrêt de la Cour de Paris du 13 juillet 1822. Elle a même été appliquée au cas où le père avait au moment de l'adoption un enfant légitime. (V. un arrêt de la Cour de cassation du 24 juillet 1811, et celui, déjà indiqué, de la Cour de Toulouse du 5 mars 1817) (1).

Il est vrai que la loi transitoire du 25 germinal an. 11 déclare valables « toutes adoptions faites par actes authentiques depuis le 19 janvier 1792 jusqu'à la publication des dispositions du Code civil sur l'adoption, quand elles n'auraient été accompagnées d'aucune des conditions depuis imposées pour adopter ou être adopté. »

Mais cette loi prouve que ces législateurs, qui venaient de décréter la loi du Code civil sur l'adoption, et qui n'exceptaient pas de la sanction des adoptions celle des enfants naturels, ne considéraient pas l'adoption de ces enfants comme contraire à l'ordre public.

893. Au Conseil d'État, lors de la discussion du Code, la question a été examinée sous toutes ses faces et les motifs de deux opinions contradictoires ont reçu un large développement.

Locré rappelle ces discussions dans son Esprit du Code civil sur le titre des Adoptions. Il les rapporte avec quelque embarras. Car elles étaient inédites alors, et le premier Consul avait condamné une partie des procès-verbaux au secret.

Aussi l'analyse de Locré est-elle imparfaite dans ce premier ouvrage.

Mais, en 1827, affranchi de toute inquiétude, il met au jour dans sa Législation civile et commerciale ce qu'il avait d'abord laissé ignorer ; et il nous apprend que la question s'est présentée trois fois au Conseil d'Etat, et que « par trois

(1) Voir les arrêts dans le Journal de Sirey, t. 6. 2. 586 ; 18. 2. 252 ; 11. 1. 329.

» fois le Conseil, déterminé par des raisons très-puissantes, » a exprimé l'intention de tenir pour valable l'adoption des » enfants naturels reconnus. »

Dès la première séance du 6 frimaire an 10, sur l'observation que le projet de loi ne défendant pas l'adoption des enfants naturels, l'autorisait par son silence, la question fut abordée directement, et la Section proposa de n'interdire l'adoption qu'aux célibataires, afin que la faculté de se donner des enfants adoptifs ne les détournât pas du mariage ; elle l'accordait à l'homme marié à l'égard de l'enfant qu'il aurait eu avant son mariage.

« La restriction fut vivement combattue.

» On dit qu'il convenait sans doute, dans l'intérêt du mariage, de ne pas autoriser expressément le père ou la mère à placer leurs enfants naturels sur la même ligne que leurs enfants légitimes ; mais que proscrire l'adoption de ces enfants uniquement dans l'intérêt des collatéraux, qui ne doit jamais l'emporter sur celui des enfants, ce serait se montrer injuste et cruel envers des malheureux qu'on punirait de la faute de leur père, et refuser à ce père lui-même le moyen de réparer les suites de sa vie licencieuse. »

Le Conseil adopta cependant la condition proposée et décida ainsi implicitement que l'adoption des enfants naturels serait permise, mais dans le cas seulement où le père serait ou aurait été marié.

Dans la suite de la séance, sur des observations nouvelles, on reconnut que la matière de l'adoption n'était pas encore suffisamment approfondie, et l'on renvoya à la Section de législation pour peser les observations et présenter une autre rédaction.

La Section soumit dans la séance du 14 frimaire an 10 (7 décembre 1801) une rédaction d'après laquelle « celui qui avait reconnu, dans les formes établies, un enfant né hors le mariage, ne pouvait l'adopter ni lui conférer d'autres droits que ceux qui résultent de cette reconnaissance. »

« Mais hors ce cas, ajoutait le projet, il ne sera admis » aucune action tendant à prouver que l'enfant adopté est » l'enfant naturel de l'adoptant. »

Dans ce système l'adoption des enfants naturels *reconnus* était seule interdite.

C'était punir la loyauté et encourager la dissimulation.

C'était aussi compromettre l'état des enfants naturels. Car le père, qui aurait différé de la reconnaître pour se ménager la faculté de les adopter, pouvait être surpris par la mort.

Aussi le rapporteur du projet ne dissimula-t-il pas lui-même qu'il trouvait la disposition trop sévère et qu'elle n'avait été admise que dans la crainte de contredire la règle qui ne donnait aux enfants naturels reconnus qu'une créance sur les biens de leur père.

Mais on fit observer que la créance était le droit commun, l'adoption le cas particulier;

Que pour faire respecter les mœurs et la dignité du mariage, il suffisait de ne pas attacher la successibilité à l'état d'enfant naturel;

Mais que vouloir que cette qualité empêchât d'en acquérir un autre qui donnât la successibilité, c'était se montrer trop rigoureux;

Que les mœurs ne sont plus outragées si la capacité de succéder est attribuée à un autre titre que celui d'enfant naturel, c'est-à-dire au titre d'adopté.

Ces raisons triomphèrent et l'article fut supprimé à la séance du 16 frimaire an 10.

Dans celle du 4 nivôse suivant on s'occupa une troisième fois de la même question.

Tronchet fut alors le seul qui reproduisit et soutint la proposition d'exclure l'adoption des enfants naturels; il voulut appliquer l'exclusion aux enfants même dont les père et mère n'étaient pas connus pour ne pas favoriser l'adoption de ceux que le père ne reconnaîtrait pas afin de se ménager la faculté de les adopter. Il fit valoir l'intérêt des mœurs.

On lui répondit que « le moyen ingénieux de les faire succéder comme enfants adoptifs, non comme bâtards, conciliait la justice avec l'intérêt des mœurs ;

» Que c'était, d'ailleurs, dans la supposition que l'adoption pourrait réparer le préjudice que la sévérité de la loi cause aux enfants naturels, que le conseil avait précédemment réglé avec plus de rigueur les effets de la reconnaissance de ces enfants ; qu'au surplus on ne gagnait rien en les excluant de l'adoption. Car, pourvu que le père ne les reconnût pas, il ne tiendrait qu'à lui de les instituer ses légataires universels. »

M. Portalis proposa de garder le silence sur l'adoption des enfants naturels, et son opinion fut suivie (1).

Locré conclut de ces discussions et de leur résultat :

« Que la défense d'adopter les enfants naturels reconnus a d'abord été limitée aux célibataires ;

» Qu'ensuite elle a été formellement rejetée ;

» Que l'adoption, en conférant aux enfants naturels reconnus les mêmes droits qu'aux autres enfants adoptifs, et par conséquent des droits plus étendus que ceux que la loi générale accorde ou permet de donner par suite de la reconnaissance, a levé, pour ce cas, les prohibitions, en vertu d'un droit particulier et exceptionnel au droit commun ;

» Que ce droit résulte du silence même du Code, attendu que, n'exprimant aucune distinction, les enfants naturels se trouvent compris dans l'expression générique d'individu, que l'article emploie (2). »

La conclusion est exacte. Mais il eût été préférable que la solution de la question eût été nettement posée dans une disposition expresse. Le silence de la loi pouvait prêter à des

(1) Voir la Notice historique donnée par Locré dans sa Législation civile. Elle précède le titre de l'adoption. Y voir aussi les procès-verbaux du Conseil d'Etat et notamment celui du 4 nivôse an 10, commentaire 4, n° 15.

(2) Locré, *ibid.*

interprétations contradictoires et donner de la force aux graves arguments tirés des dispositions de l'art. 908 du Code civil, qui déclare que les enfants naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des Successions, par l'article 757. On sait que cet article ne leur accorde que le tiers, la moitié ou les 3/4 de ce qu'ils auraient s'ils étaient légitimes, selon le degré de parenté des autres successibles, tandis que l'enfant adoptif est assimilé à l'enfant légitime, quand aux droits héréditaires.

894. Aussi la question a-t-elle été et est-elle encore fort controversée.

De nombreux auteurs repoussent l'adoption des enfants naturels reconnus.

D'autres auteurs en aussi grand nombre l'admettent (1).

La jurisprudence des Cours royales du royaume est aussi loin d'être uniforme sur la difficulté. Beaucoup d'arrêts l'ont résolue contre les enfants naturels reconnus (2).

Un plus grand nombre cependant l'a décidée en leur faveur.

La Cour de cassation ne s'était pas, avant 1841, prononcée sur un point de droit qu'elle n'avait pas eu encore à examiner.

(1) Contre l'adoption des enfants naturels reconnus, voir Malleville; Delvincourt; Chabot, *des Successions*, t. 2, p. 121, n° 34; Favard, v° *Adoption*, sect. 1, n° 4; Rolland de Villargues, *verbo Adoption* n° 1. — Pour l'adoption, Loiseau, *Traité des enfants naturels*, etc., éd. de 1611, p. 352-361; Dupin, dans un Dictionnaire d'arrêts, publié en 1814; Duranton, t. 3, n° 293; Grenier, *Traité de l'adoption*, n° 85; Locré, Esprit du Code civil, t. 4, p. 310; les auteurs de la Thémis; Duport la Villette, Questions de Droit, t. 3, p. 221.

(2) Les arrêts favorables à l'adoption sont beaucoup plus nombreux que ceux qui la repoussent. Plusieurs Cours, notamment celle de Paris, qui avaient d'abord jugé contre les enfants naturels reconnus, ont changé de jurisprudence et se prononcent aujourd'hui en leur faveur. (V. ces arrêts dans le Recueil de Sirey et dans celui de Dalloz jeune.)

La Cour de Riom soit avant soit depuis l'arrêt contradictoire que nous citons plus bas a souvent admis des adoptions gracieuses en faveur d'enfants naturels reconnus.

Quelques personnes ont cependant supposé qu'elle l'avait jugé, le 14 novembre 1815, contre l'adoption des enfants naturels, en rejetant le pourvoi relatif à un arrêt de la Cour de Nîmes qui avait refusé d'autoriser l'adoption d'un enfant naturel.

Mais il y a erreur dans cette supposition. La Cour de cassation n'a rejeté le pourvoi que parce que les arrêts portant refus d'adoption, n'étant pas motivés, ne peuvent former l'objet d'un pourvoi, et parce que les Cours qui refusent l'adoption peuvent y être déterminées *par des circonstances particulières que l'article* 335 *du Code civil abandonne à la conscience du juge.*

Ainsi, la question de droit était encore intacte pour la Cour régulatrice.

Jusqu'en 1838, même, elle ne s'était en général présentée devant les Cours que sur la demande d'adoption formée par les parties intéressées à son admission, en sorte qu'il n'y avait pas eu de contradiction judiciaire.

895. Cette contradiction s'est élevée en 1838, devant la Cour de Riom, sur la réclamation des héritiers collatéraux d'une mère adoptive.

Cette mère avait adopté pendant son mariage, du consentement de son époux, une fille née avant le mariage d'un autre que de celui-ci.

Certains héritiers de la mère adoptive ont demandé la nullité de l'adoption. La demande portée, sur leur appel, devant la Cour de Riom, chambres réunies, y a reçu, pendant plusieurs audiences de plaidoiries, tous les développements que comportait l'importance de la question.

De part et d'autre on invoquait des considérations morales et des principes du droit positif.

Sous ce dernier rapport, on prétendait pour les appelants que l'adoption, introduite dans le droit français par une disposition expresse, n'avait pas été appliquée par le législateur aux enfants naturels ;

Que pour argumenter du silence de la loi, et pour pouvoir dire qu'elle leur est applicable, par cela même qu'elle n'est pas défendue à leur égard, il faudrait qu'ils fussent placés dans la loi commune;

Mais, qu'au contraire, les enfants naturels sont placés dans une position exceptionnelle, et soumis à des règles prohibitives qui leur interdisent de profiter de certains des droits que confère l'adoption;

Que le rapprochement des trois titres du Code civil, sur la reconnaissance des enfants naturels, sur l'adoption, sur les successions, démontre l'incompatibilité de plusieurs dispositions avec l'application de l'adoption aux enfants naturels;

Que les procès-verbaux du Conseil d'État indiquent que, lors de la discussion définitive de la loi sur l'adoption, la pensée des législateurs fut de ne pas comprendre les enfants naturels parmi ceux qui peuvent être adoptés;

Que l'article 908 du Code confirme cette pensée, puisqu'il interdit tout avantage par donation entre-vifs ou par testament en faveur des enfants naturels;

Qu'assimiler l'adoption à une véritable légitimation, c'est créer un système dont la fausseté est signalée par son impossibilité matérielle, comme par son impossibilité légale;

Par son impossibilité matérielle, la légitimation ne pouvant exister sans le concours du père et de la mère qui reconnaissent l'enfant;

Par son impossibilité légale, la légitimation n'étant autorisée que par le mariage subséquent des père et mère;

Que d'ailleurs, l'adoption des enfants naturels est diamétralement opposée à l'essence et aux principes de l'adoption légale, dont le but est de conférer une paternité fictive à celui qui est privé d'une paternité réelle.

Pour l'adopté on répondait qu'on chercherait vainement dans le Code civil un seul article qui prohibât directement ou indirectement l'adoption des enfants naturels;

Que dans le silence de la loi on doit reconnaître que cette

adoption est permise. Car il est de règle fondamentale en toute législation :

1° Que tout ce que la loi ne défend pas est permis ;

2° Que l'on ne doit pas distinguer là où la loi n'a pas fait elle-même de distinction ;

3° Que les tribunaux ne peuvent pas créer des incapacités, et qu'ils ne peuvent appliquer que celles qui sont formellement établies par la loi ;

Qu'invoquer contre l'adoption d'un enfant naturel, les règles sur les successions, c'est recourir à des principes étrangers à la matière que l'on examine ;

Que l'adoption, qui tient à l'état des personnes, ne peut être confondue avec les règles sur les successions qui tiennent uniquement à la transmission des biens ;

Qu'ainsi il importe peu que le Code civil réduise les enfants naturels à une portion héréditaire moindre que celle des enfants légitimes ou adoptifs ;

Qu'aucun principe ne s'oppose à ce qu'on obtienne en une qualité ce qui ne pourrait l'être à un autre titre ;

Que d'ailleurs pour juger de la validité d'une adoption, ce ne sont pas ses résultats qu'il faut considérer, c'est sur la capacité seule des individus qu'il faut se fixer, et que, si la loi ne les déclare pas incapables, l'adoption peut leur être conférée quels qu'en soient les effets ;

Que le raisonnement tiré des principes sur les successions est d'autant plus vicieux qu'il est un cas où l'enfant naturel reconnu recueille la totalité de l'hérédité de son père ; savoir, celui où le père ne laisse pas de parents au degré successible, quoique, alors, l'époux survivant soit appelé à succéder ; en sorte que, dans le système des adversaires de l'adoption, elle serait valable ou nulle selon qu'il se présenterait ou non des parents au degré successible ; observation qui suffit pour démontrer l'erreur d'un système qui ferait dépendre la validité de l'adoption d'une circonstance tout à fait étrangère aux principes de la matière ;

Que vainement on objecte que, l'adoption n'étant qu'une fiction de la paternité, on ne doit pas l'appliquer à celui qui est déjà père par les lois de la nature;

Que cette objection n'est qu'une subtilité de l'école qui ne peut faire autorité devant le magistrat, parce que l'effet de l'adoption est de donner un nouvel état, une nouvelle vie civile et sociale, de créer des rapports plus étroits entre l'adoptant et l'adopté; que la paternité adoptive est donc quelque chose de plus que la paternité naturelle, et que par conséquent celle-ci ne peut tenir lieu de celle-là.

A l'appui de ces raisonnements on insista sur les discussions du Conseil d'Etat, et sur leur résultat favorable à l'adoption des enfants naturels.

On fit remarquer que les opinions et les arrêts contraires étaient antérieurs à la publication de la notice historique par laquelle M. Locré avait fait connaître la vraie pensée des législateurs.

On ajouta que l'intérêt des héritiers collatéraux avait si peu fixé l'attention de ces législateurs qu'il est permis, en laissant à l'enfant naturel reconnu la part que la loi lui attribue, de donner tout le surplus à un étranger (1).

Ces moyens ont triomphé, quoique le procureur-général eût conclu contre la validité de l'adoption en se fondant surtout sur des considérations morales.

Les motifs de l'arrêt sont lumineux; en voici le texte :

« Considérant que l'on ne trouve dans le Code civil, au titre de l'Adoption, ni ailleurs, aucune disposition prohibitive de la faculté d'adopter les enfants naturels, par le père et la mère qui les ont reconnus; — Que l'on ne pourrait donc déclarer que cette faculté leur a été interdite, qu'en admettant une incapacité et une défense qui n'ont point été prononcées par la loi;

(1) Arrêts de la Cour de cassation du 29 novembre 1825 et du 14 mars 1837, rapportés par Sirey, t. 26. 1. 210; et t. 37. 1. 314.

» Considérant que c'est inutilement que l'on prétend, pour établir une incapacité, que les principes qui déterminent la nature de l'adoption, s'opposent à ce que les enfants naturels reconnus puissent en recevoir le bénéfice; — Que l'on ne retrouve dans le Code civil ni les règles ni les défenses du droit romain, et qu'on y chercherait vainement les conditions qui établiraient qu'on a voulu faire de l'adoption une imitation exacte de la nature; — Que d'après les dispositions qu'il renferme, loin de s'identifier avec la famille nouvelle dans laquelle il est admis, de manière à devenir étranger à celle qu'il avait, l'adopté reste au contraire dans cette dernière, y conserve tous ses anciens droits et ne fait qu'ajouter le nom de l'adoptant à celui qu'il avait déjà; — Qu'il n'est pas exact de dire que l'adoption ne confère à l'enfant naturel rien de plus que ce que lui avait donné la reconnaissance faite par son père; — Que les liens qui l'unissent à ce dernier après l'adoption sont et plus étendus et plus resserrées en même temps; — Qu'à la place d'une filiation naturelle, il s'est établi une filiation nouvelle, plus avantageuse et plus honorable aux yeux de la société, et que dès lors, au lieu d'être indiqué dans les actes de l'état civil et dans les relations ordinaires de la vie, sous le nom de fils naturel, l'adopté ne le sera plus que sous celui de fils adoptif;

» Considérant qu'on ne peut invoquer les articles 346, 347, 348 du même Code pour en induire la conséquence que, si la défense d'adopter les enfants naturels reconnus n'a pas été faite au père et à la mère de ces enfants, d'une manière expresse, elle se trouve du moins implicitement dans la loi; — Que les expressions dans lesquelles ces articles sont conçus n'ont rien qui soit exclusif des personnes qui n'y seraient pas indiquées; — Que la loi, qui n'était pas uniquement faite pour les enfants naturels, n'a dû s'y occuper que des cas ordinaires, laissant sous l'empire du droit commun et de ses dispositions générales ceux qu'elle n'a pas dé-

signés ; — Qu'on ne pourrait donc conclure de la manière dont elle s'est exprimée qu'elle a défendu l'adoption des enfants naturels, à moins d'établir qu'elle a créé une exception toute particulière contre cette classe d'individus ;

» Considérant que la défense d'adopter les enfants naturels reconnus n'existe pas davantage dans les dispositions du Code civil sur la légitimation ; — Qu'il y a des différences essentielles et capitales entre les effets de l'adoption et ceux de la légitimation, qui ne permettent pas de confondre l'une avec l'autre ; — Que si par la première l'enfant reçoit une vie nouvelle et des avantages qu'il n'avait pas auparavant, les rapports civils et les droits qu'il acquiert sont cependant bornés à un cercle étroit dans lequel la loi n'a pas restreint l'enfant légitimé, qui est considéré par elle comme enfant légitime et traité comme tel ; — Que l'adoption ne conférant ni les droits ni le titre d'enfant légitime, on doit nécessairement en conclure qu'elle ne se confond point avec la légitimation, et que par là même, elle n'est pas un moyen détourné d'appeler l'enfant naturel aux avantages d'une légitimation qui ne peuvent lui être assurés que par le mariage de ses père et mère ;

» Considérant que l'adoption ayant pour but principal et direct de créer un état civil entre l'adoptant et l'adopté en les unissant par des rapports de parenté et de famille, et les droits de successibilité réciproque qui en dérivent n'en étant qu'une conséquence nécessaire, c'est le titre du Code civil, qui a déterminé les règles de cet état et la successibilité même qui en résulte, qu'il faut interroger pour savoir quels sont ceux qui peuvent être adoptés ; — Que dès que l'incapacité que l'on oppose aux enfants naturels reconnus ne s'y retrouve ni d'une manière expresse ni d'une manière implicite, on ne peut la rechercher dans les articles 756, 757, 908 et autres sur les successions qui n'ont statué sur la dévolution des biens que d'après les principes et les règles précédemment établis sur l'état des personnes, sans aucun

retour sur ces principes et ces règles, auxquels le législateur n'a pas songé à toucher ; — Que les dispositions invoquées, uniquement relatives aux enfants naturels, comme celles de l'art. 338, ne se sont point occupées des enfants qui auraient été adoptés ; — Qu'ainsi pour les entendre et les appliquer sainement, il ne faut pas les séparer de la qualité des personnes pour lesquelles elles ont été faites ; — Que c'est pour les enfants naturels reconnus, mais restés tels qu'elles ont été créées ; — Que si elles sont prohibitives, ce n'est évidemment que des droits qui dépasseraient en faveur de ces enfants, ceux qu'elles leur accordent, et non pas des droits qu'elles ne leur accordent pas, et qui seraient la conséquence d'une qualité ou d'un titre sur lequel elles n'avaient pas à s'expliquer ; — Que ce serait donc manifestement en étendre l'application et les effets à des personnes et à des cas auxquels elles n'ont pas pensé, que d'y voir la défense d'adopter les enfants naturels reconnus, et de leur donner par là les droits de successibilité que leur confère l'adoption ;

» Considérant qu'on ne pourrait admettre que les dispositions du Code civil, qui bornent les droits des enfants naturels sur la succession du père et de la mère qui les ont reconnus, renferment la défense à ces derniers de les adopter, qu'autant qu'il existerait entre l'état d'un enfant naturel reconnu et celui d'un enfant adoptif une opposition diamétrale qui ne permettrait pas de les confondre, en passant du premier au second ; — Que cette opposition n'existe pas ; — Qu'il ne répugne ni à la nature, ni à la raison, ni à la loi, que des liens de famille, plus étroits, que des rapports civils, plus intimes, et plus étendus, s'établissent entre le père et le fils naturel ; — Qu'en usant du bénéfice de l'adoption, le père fait plus qu'il n'avait fait par la reconnaissance, mais qu'il ne fait rien de contradictoire à ce premier acte, qui ne pourrait avoir pour effet de s'enchaîner si irrévocablement qu'il fût défendu d'améliorer, par des moyens que la loi indique elle-même, l'état de son enfant ;

» Considérant encore, sur les articles relatifs aux droits des enfants naturels sur la succession de leurs père et mère, que la loi leur accorde, dans le cas où il n'y a ni enfants légitimes ni héritiers collatéraux, tous les biens de cette succession ; — Qu'alors, l'incapacité qu'on fait principalement résulter contr'eux pour l'adoption, de la restriction apposée à leurs droits sur ce point, devrait nécessairement disparaître puisque la base fondamentale donnée à cette incapacité n'existerait plus ; — Qu'il faut donc conclure de cette application de la loi, dont la justesse ne peut être contestée, que des prohibitions qui ne sont ni générales ni absolues, ne peuvent renfermer la défense qu'on veut en faire résulter;

» Considérant que l'argumentation que l'on a tirée, contre l'adoption des enfants naturels, de l'art. 911 du Code civil, ne présente, pour raison de décider, que la question même qu'il s'agit de résoudre ; — Qu'en admettant, en effet, qu'on pût faire l'application des dispositions qu'il renferme à un contrat aussi solennel que l'adoption, il faudrait toujours démontrer l'incapacité de l'enfant naturel reconnu, à être admis au bénéfice de l'adoption par ses père et mère ;

» Considérant que l'art. 366 du Code civil, qu'on a également invoqué en le rapprochant des art. 908 et 911, établit dans le cas tout particulier qu'il prévoit, non une manière nouvelle de donner ou de transmettre par testament les biens de l'adoptant à l'adopté, mais bien un mode nouveau d'adoption que réclamaient l'intérêt de l'enfant et la position dans laquelle pouvait se trouver placé celui qui voudrait l'adopter ; — Que si, alors, l'enfant acquiert des droits de successibilité sur les biens de ce dernier, c'est par une suite naturelle et nécessaire de l'adoption exceptionnelle dont il a été l'objet et non pas parce que le testament où elle se trouve, renferme en sa faveur une disposition de ces biens ; — Qu'on ne pourrait donc lui appliquer que les dispositions des art. 908 et 911 du Code civil, et que ce serait encore la question de savoir s'il a pu être adopté ;

» Considérant enfin que si, malgré le silence de la loi et la généralité de ses dispositions on proscrivait l'adoption des enfants naturels par le père et la mère qui les ont reconnus, on n'aurait aucun moyen, sauf le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, de prévenir celle des enfants naturels non reconnus ou celle des enfants adultérins et incestueux, dont l'origine ne serait pas attestée par des faits incontestables ; — Que s'il était immoral, cependant, de permettre l'adoption des enfants naturels reconnus, il ne le serait pas moins de laisser la liberté d'appeler par des moyens détournés, ceux qui n'ont pas été reconnus ou ceux qui sont d'une origine plus vicieuse, au bénéfice de l'adoption ; — Et qu'il serait tout à la fois inconséquent et injuste de repousser sur ce point les premiers parce que leur naissance est connue, et d'appeler les seconds parce qu'elle est ignorée ; — Qu'on ne peut opposer, pour justifier une semblable distinction que les enfants naturels non reconnus sont, dans le sens légal, des étrangers aux yeux de la loi et de la justice ; — Que le vice de leur naissance n'en est pas moins réel pour n'avoir pas été révélé ; — Que c'est non de l'ignorance où l'on peut être de cette origine mais de son existence même que l'incapacité qu'on en fait résulter dépend ; — Qu'il arrivera journellement, néanmoins, que les enfants qui en sont frappés, éluderont les dispositions prohibitives de la loi, par cela seul que le secret de leur naissance aura été soigneusement caché, tandis que ceux qu'on aura reconnus en subiront toutes les rigueurs ; — Qu'un système, qui se prêterait si aisément à la violation de la loi et qui consacrerait des effets si contraires à la raison et à une exacte justice, ne peut être admis ;

» La Cour a mis l'appel au néant, ordonne que le jugement dont est appel sortira son plein et entier effet (1). »

Nous avons cru devoir transcrire tous les motifs de cet

(1) L'arrêt est rapporté dans le Journal de Sirey, vol. de 1838 ; partie 2, p. 246.

arrêt qui nous semble présenter un corps complet de vraie doctrine sur cette importante question et qui est conforme à l'opinion que nous avions soutenue nous-même avec conviction dans cette cause, comme avocat de l'intimée.

Cet arrêt est l'œuvre remarquable de M. Bryon, aujourd'hui conseiller à la Cour de cassation, et qui, pendant trop peu de temps, a occupé avec une haute distinction le siége de premier président à la Cour de Riom.

L'arrêt de cette Cour, dénoncé par un pourvoi à la Cour de cassation, y a été l'objet d'une discussion des plus remarquables à laquelle se livra le procureur-général Dupin qui conclut au rejet ; et le pourvoi fut en effet rejeté le 28 avril 1841, par des motifs qui semblaient devoir fixer à jamais la jurisprudence ; en voici le texte :

« Attendu que le Code civil contient un chapitre spécial qui établit les conditions, les formes et les effets de l'adoption ;

» Que ni dans ce chapitre ni dans aucune autre partie du Code civil, il n'existe de disposition textuelle et formelle qui prohibe l'adoption, par leurs père et mère, des enfants naturels reconnus ;

» Que dans l'absence de disposition expresse on ne peut prononcer l'incapacité des enfants naturels reconnus qu'autant que cette incapacité résulterait virtuellement et par des conséquences rigoureuses et nécessaires, soit des conditions de l'adoption, soit des limites imposées par la loi aux effets de la reconnaisance des enfants naturels ;

» Attendu qu'en considérant l'adoption comme l'institution d'une paternité fictive, le bénéfice de cette institution semblerait ne pouvoir appartenir au père de l'enfant naturel ; mais que d'une part l'art. 383 du Code civil n'interdit la faculté de l'adoption qu'à ceux qui ont des enfants ou descendants légitimes, et que, d'autre part, on ne peut méconnaître que, sous le rapport de la filiation et de ses effets, il existe une différence immense entre l'état de l'enfant naturel reconnu et l'état que confère l'adoption ;

» Que par la reconnaissance le père naturel n'obtient, ni pour ses enfants ni pour lui-même, les avantages de la filiation légale, que crée l'adoption ;

» Qu'ainsi le motif d'une paternité préexistante, qui a fait exclure le père légitime de la faculté de l'adoption ne peut recevoir une extension d'application au père naturel ;

» Attendu en ce qui concerne les conditions établies par les art. 346, 347, 348 du Code civil, relativement au consentement des père et mère de l'adopté, à son nom et à son maintien dans sa famille naturelle, que ces diverses conditions sont établies par la loi d'une manière générale, et que du fait que les deux premières existent déjà pour l'enfant naturel reconnu, et que la troisième est sans application à son égard, il est impossible de conclure la condition exorbitante que la loi l'a frappé d'incapacité ;

» Attendu que la légitimation et l'adoption ont des règles et des effets essentiellement distincts ;

» Que séparées dans leurs conditions et dans leurs conséquences, ces deux institutions ne peuvent exercer, l'une à l'égard de l'autre, une influence qui ait dû exciter la sollicitude de la loi ;

» Qu'au surplus, la forme de procédure pour l'admission de l'adoption assure à la société et aux familles les garanties nécessaires, et qu'en investissant les magistrats d'un pouvoir discrétionnaire qui couvre l'indépendance de leurs motifs d'un silence obligé, la loi a pleinement satisfait à tous les intérêts moraux d'ordre public ;

» Attendu, en ce qui concerne la successibilité, que l'adoption constitue entre l'adoptant et l'adopté un état dont les effets relatifs à la transmission des biens, sont spécialement réglés par le chapitre du Code civil sur l'adoption ;

» Que c'est dans ce chapitre et non dans les dispositions générales sur les successions que devrait se trouver exprimée l'incapacité des enfants naturels reconnus, s'il eût été dans la volonté de la loi de la prononcer ;

» Que les art. 756, 757 et 758, qui refusent aux enfants naturels reconnus la qualité d'héritiers, l'art. 338 qui leur interdit de réclamer les droits des enfants légitimes, et l'article 908 qui ne leur permet de rien recevoir au delà du simple droit qui leur est attribué, ne disposent sur la transmission des biens respectivement à eux qu'en les considérant dans leur état d'enfants naturels reconnus;

» Que ces dispositions générales deviennent inapplicables lorsque l'adoption, opérant un changement d'état, fait entrer l'enfant naturel reconnu sous le régime d'une législation différente et spéciale; que ce changement d'état n'étant pas textuellement prohibé par la loi, on ne peut induire cette prohibition de ce que, dans l'état antérieur à l'adoption, l'enfant naturel était frappé, sous le rapport successif, d'une incapacité que ne comporte plus le changement de son état;

» Attendu que, de l'ensemble des motifs qui viennent d'être développés, il résulte que l'incapacité qu'on oppose aux enfants naturels reconnus n'existe ni dans la lettre de la loi ni dans le sens virtuel de ses prescriptions; que la généralité des dispositions du Code civil sur l'admissibilité au bénéfice de l'adoption, l'absence de toute exception à l'égard des enfants naturels reconnus, l'impossibilité de fonder juridiquement l'incapacité sur des inductions assez rigoureuses et assez formelles pour équipoller nécessairement à une prohibition expresse, ne permettent pas de placer les enfants naturels reconnus hors du droit commun; qu'en le jugeant ainsi la Cour de Riom n'a pas violé les articles du Code civil, invoqués par le demandeur en cassation, et qu'au contraire elle en a fait une juste application. — Rejette. (V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 41, 1re p., p. 274.)

Cet arrêt rendu après une discussion large, forte, lumineuse et conforme au réquisitoire érudit et puisssant du procureur-général Dupin, cet arrêt, qu'avait préparé un délibéré à la chambre du Conseil et qui fut prononcé par le

premier président de la Cour régulatrice, paraissait devoir fixer en faveur des enfants naturels reconnus une jurisprudence controversée, il est vrai, entre les Cours, mais qui cependant s'était le plus généralement prononcée pour eux. Quinze Cours royales sur dix-neuf, et parmi elles la Cour de Paris l'avaient admise, et la Cour d'Angers même y était revenue par une dernière décision, lorsque la Cour de cassation a eu à s'expliquer de nouveau sur cette question en examinant un précédent arrêt de cette même Cour d'Angers qui avait embrassé d'abord une opinion contraire, abandonnée par elle depuis.

Et chose surprenante, malgré les conclusions de l'avocat-général Laplagne-Barris, sous la même présidence de M. de Portalis, la même chambre civile, composée sans doute de plusieurs magistrats différents, a jugé dans les mêmes circonstances, par un rejet de pourvoi, que les enfants naturels reconnus ne pouvaient être adoptés.

L'arrêt est du 16 mars 1843, en voici les motifs :

« Attendu que pour décider si le père naturel peut valablement adopter l'enfant naturel par lui reconnu, il faut considérer si une telle adoption est ou non compatible avec les principes essentiels et fondamentaux de notre législation tant sur l'état des enfants naturels que sur l'adoption ;

» Attendu que le Code civil, en réglant la condition des enfants naturels reconnus, a voulu, d'une part, les traiter avec équité, et leur attribuer des droits ; que d'autre part, il a voulu, par respect pour le mariage, base de la famille et des liens de parenté, ne pas les traiter comme les enfants du mariage ;

» Attendu qu'aux termes de l'article 338, l'enfant naturel reconnu ne peut réclamer les droits d'enfant légitime, et que cet article renvoie au titre des Successions le règlement de ses droits ;

» Que l'article 756 déclare que l'enfant naturel n'est point héritier ; que l'article 757 et les suivants fixent défi-

nitivement la mesure et l'étendue des droits sur les biens de ses père et mère décédés ; que l'article 908 lui interdit de rien recevoir par donation ou testament au delà de ce qui lui est accordé au titre des Successions ;

» Attendu que ces dispositions sont conçues en termes généraux et absolus ; que la loi ne prévoit qu'un seul cas de modification des droits qu'elles ont réglés, celui de la légitimation par mariage subséquent ; que si sa volonté avait été de permettre qu'ils pussent aussi être modifiés par l'adoption, elle aurait nécessairement exprimé cette volonté par une disposition formelle qui n'est écrite nulle part ;

» Attendu que si la loi a admis le mariage subséquent comme unique voie de légitimation d'un enfant naturel, c'est parce qu'elle a considéré qu'il y a, en ce cas, réparation envers l'institution du mariage, que le vice de la naissance de l'enfant avait blessée ;

» Attendu que l'adoption d'un enfant naturel n'aurait ni pour cause ni pour résultat de réparer envers la société l'offense faite à l'institution du mariage ; que ce serait une voie ouverte pour modifier l'état de l'enfant naturel, fixé irrévocablement, avec ses restrictions légales comme avec ses avantages, par le fait de la reconnaissance ; que ce serait effacer les distinctions créées par la sagesse de la loi dans des vues élevées de morale et d'ordre entre les effets de paternité naturelle et ceux de la paternité légitime ;

» Attendu que le but unique de l'adoption, manifesté par toutes les dispositions du chapitre du Code civil qui y est relatif, est de suppléer, par la création d'une paternité fictive, à l'absence de la paternité réelle, et que l'existence d'une paternité naturelle, constatée par la reconnaissance, est essentiellement inconciliable avec la simple fiction de paternité ;

» Attendu qu'il suit de ce qui précède que le demandeur reproche à tort à l'arrêt attaqué la violation des art. 343, 345 et 350 du Code civil, et la fausse application des articles 331, 333, 756, 757 et 908 du même Code ; que

l'arrêt attaqué, au contraire, fait de ces articles une saine interprétation. — Rejette.» (Voir l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 43. 1. 177.)

Ainsi l'arrêt de la Cour d'Angers en annulant l'adoption a fait une saine interprétation de la loi. L'arrêt de Riom, en la déclarant valable, a aussi sainement interprété la même loi.

Et cependant il s'agissait dans les deux espèces d'un enfant naturel reconnu.

Etrange contradiction qui, comme le fait observer l'arrêtiste, laisse les parties « sans guide et sans boussole sur un terrain livré depuis trente ans à la controverse des opinions les plus divergentes. »

Ce dernier arrêt ne fixera sans doute pas la jurisprudence. Les nombreuses Cours royales aux décisions desquelles il est opposé, persisteront vraisemblablement dans leur opinion longuement méditée, fréquemment consacrée. Elles se rappèleront que, lors des discussions du Code civil, l'adoption des enfants naturels reconnus fut définitivement admise en principe; elles n'oublieront pas la règle salutaire suivant laquelle ce qui n'est pas prohibé est permis; elles ne se laisseront pas entraîner par des considérations que le premier arrêt et le brillant réquisitoire du procureur-général avaient suffisamment réfutées et qu'il est toujours dangereux de substituer aux principes. Elles réfléchiront aussi que les difficultés, les conditions des adoptions et le pouvoir discrétionnaire conféré aux magistrats dans cette importante matière offriront toujours à la morale publique une garantie assurée contre toute adoption scandaleuse.

Ces dernières observations étaient écrites, lorsqu'elles ont été justifiées par plusieurs arrêts soit de Cours royales, soit de la Cour de cassation elle-même qui a fait, à sa première jurisprudence, un retour qui mettra sans doute un terme à une trop longue controverse. La Cour régulatrice a eu à se prononcer de nouveau sur trois arrêts des Cours d'Angers,

de Montpellier et de Dijon qui avaient consacré l'adoption d'un enfant naturel reconnu. Par deux arrêts du même jour, 1er avril 1846, la chambre civile a rejeté le pourvoi formé contre les deux premières décisions, et il y a eu désistement du pourvoi relatif à la troisième.

On peut voir aussi sur la même question un arrêt de la Cour de Bordeaux rendu dans le même sens, le 30 janvier 1845 (1).

897. Dans la cause soumise à la Cour de Riom comme dans celle jugée par la Cour d'Angers, on avait eu à examiner si les héritiers collatéraux de la mère adoptive étaient recevables à attaquer l'adoption et quelle voie ils devaient prendre ?

Les premiers juges, dans la première cause, avaient décidé qu'on pouvait agir directement contre l'adopté par une demande en nullité de l'adoption ; et il n'y avait pas eu d'appel de ce point de décision.

Dans la seconde cause la question n'avait pas été soulevée. La fin de non-recevoir, au reste, n'eût pas été fondée; car un jugement d'adoption, rendu sur la requête des parties intéressées, n'est pas un jugement ordinaire qui puisse avoir force de chose jugée contre les héritiers de l'adoptant ; c'est seulement un acte de juridiction volontaire et officieuse ou d'administration judiciaire, qui ne peut sans doute être attaqué par l'adoptant lui-même ni par l'adopté, parce qu'ils ont concouru à le provoquer, mais qui ne prive pas les héritiers du père adoptif d'examiner si l'adoption a été légalement faite, et d'opposer à l'adopté le vice de son titre dans le cas où les conditions et les formes prescrites par la loi n'auraient pas été observées, et cela sans avoir besoin de se pourvoir ni par tierce opposition, ni par requête civile contre le jugement d'adoption.

(1) V. les derniers arrêts dans le Journal de Sirey-Villeneuve, t. 45. 2. 66, et t. 46. 1, p. 274 et suiv.

Les juges eux-mêmes qui auraient admis l'adoption peuvent connaître de la demande en nullité de cet acte. C'est ce qu'ont décidé plusieurs arrêts (1).

898. L'adoption n'est permise qu'à celui qui n'a ni enfants ni descendants légitimes.

L'application de cette règle prohibitive peut donner lieu à une difficulté assez grave, lorsque l'adoption est faite par une personne mariée ?

L'enfant légitime, quoique non encore né, peut être conçu au moment de l'adoption ?

Que deviendra-t-elle alors ?

Et quel sera le délai auquel on s'arrêtera pour présumer la conception au temps de l'adoption ?

Si l'enfant naît viable dans les six mois de la date de l'adoption, la conception antérieure ne sera pas douteuse, et dans ce cas l'adoption devra être considérée comme nulle. Car il a toujours été de principe que l'enfant conçu est considéré comme né lorsque son intérêt le commande.

Mais si l'enfant légitime vient au monde dans l'intervalle du 180me au 300me jours à compter de la date de l'acte d'adoption que devra-t-on décider ?

On devra aussi déclarer l'adoption nulle, à moins qu'il ne fût physiquement établi que l'enfant ne pouvait être conçu au moment de l'adoption. Cette impossibité physique ne pourrait, il semble, résulter que d'un premier accouchement postérieur à l'adoption mais dont le fruit serait mort en naissant.

Dans les cas ordinaires on devra considérer la conception de l'enfant, et par conséquent son existence comme remontant à l'époque la plus reculée si cela est nécessaire pour ne pas donner effet à une adoption que l'erreur seule aurait provoquée.

(1) V. notamment l'arrêt Sander rendu par la Cour de cassation, le

899. Les 300 jours devront compter du jour même où le père et le fils adoptif auront passé acte devant le juge de paix de leurs consentements respectifs à l'adoption. Car c'est cet acte qui opère l'adoption. Le jugement et l'arrêt qui interviennent sur ces consentements, n'ont pour but que de les approuver, de les sanctionner, de les rendre exécutoires par le sceau de l'autorité publique. Ce sont les consentements constatés par le juge de paix qui forment le contrat. Cela est si vrai qu'une seule des parties peut poursuivre l'homologation sans le concours de l'autre, et même, quoique l'adoptant fut décédé après avoir consigné dans le premier acte l'expression de sa volonté.

Il résulte évidemment de là que c'est de l'acte qui contient le consentement réciproque de l'adoptant et de l'adopté que résulte le lien des deux parties ; que par conséquent cet acte ne peut être détruit avant même la sanction de la justice ; sans le consentement mutuel de ceux qui l'ont contracté, et qu'ainsi c'est la position des parties au moment de cet acte que l'on doit seule considérer pour juger de la capacité du père et du fils adoptifs et de la validité ou de la nullité de l'adoption.

Nous partageons complètement, sous ce rapport, l'opinion de MM. Toullier, Duranton et Grenier, et nous dirons avec eux, contrairement à celle de M. Proudhon, que le jugement et l'arrêt d'homologation du contrat, et l'inscription de l'acte d'adoption sur les registres de l'état civil, toutes les formalités en un mot prescrites par la loi pour donner effet à l'acte d'adoption, ne peuvent être assimilées qu'à des con-

22 novembre 1825 ; l'arrêt de Fautrot de la Cour de Nancy, du 13 juin 1826 ; l'arrêt Schneider de la Cour de Paris, du 26 avril 1830, dans le Journal de Sirey, t. 26. 1. 142 ; et 2, 251, et t. 30. 2. 217 ; et dans celui de Dalloz jeune, t. 24. 1. 7 ; et 2. 200. Voir aussi l'arrêt de Bordeaux et les derniers arrêts de la Cour de cassation ci-dessus cités ; mais voir sur cette question contre les arrêts, Toullier, t. 2, n° 1019 ; et pour les arrêts, Duranton, t. 3, n° 329.

ditions dont l'accomplissement, s'il a lieu dans les délais prescrits, fait remonter la consommation de l'adoption même au jour où le contrat a été reçu par le juge de paix, conformément à l'article 1179 du Code civil.

Comment pourrait-il en être autrement, puisque la mort même de l'adoptant, avant que les formalités soient remplies, n'empêche pas l'existence de l'adoption dont la sanction judiciaire n'est cependant que postérieure (Code civil, article 360) (1)?

900. Les observations que nous venons de faire répondent à une autre question sur l'influence qu'auraient après l'acte d'adoption le mariage du père adoptif et la naissance d'un enfant avant même les 180 jours qui auraient suivi non-seulement le mariage mais même cet acte d'adoption.

Quoique cet enfant ne fût pas désavoué, que sous ce rapport il dût être considéré comme légitime, et qu'il fût ainsi incontestable que la conception de l'enfant avait précédé l'adoption, l'enfant adoptif n'en conserverait pas moins et son titre et les droits qui y sont attachés. Car le père adoptif n'aurait pu, par un mariage subséquent, détruire le contrat d'adoption, précédemment formé par lui, ni légitimer en quelque sorte, au préjudice de l'adopté, un enfant conçu d'une liaison illicite.

901. L'adoption est-elle révocable?

Sur cette question les auteurs sont aussi divisés.

Toullier pense que l'adoption peut être révoquée du consentement des deux parties, et en employant les mêmes formalités judiciaires qui avaient servi à la consacrer.

Il invoque la loi 3, ff. *de regulis juris*, suivant laquelle les contrats peuvent se dissoudre de la même manière qu'ils se sont formés.

Il cite comme exemple, le Code Prussien où ont été puisées les dispositions du Code Napoléon sur les adoptions.

(1) V. Duranton, t. 3, n° 8; Toullier, t. 2, n° 1004; Grenier, n° 25; contre Proudhon, t. 1, p. 136.

L'opinion de cet auteur estimable est isolée, et son erreur est facile à reconnaître en se fixant sur les discussions préparatoires de la loi.

Que la loi 3, ff. *de regulis juris*, soit appliquée aux contrats ordinaires, aux questions d'un intérêt privé et purement matériel, on le conçoit.

Mais en faire l'application à l'état des personnes, à un acte de filiation qui a exigé le concours de l'autorité publique, à l'organisation légale de la famille, c'est, il semble, étrangement se méprendre, c'est méconnaître même l'esprit et les motifs de l'adoption, dont le but est de suppléer à la nature et d'attribuer une paternité fictive qui, comme la paternité naturelle dont elle est l'image, doit être invariable.

Ces discussions démontrent que, quoique nos législateurs aient puisé dans le Code Prussien l'idée de certaines des règles de l'adoption, cependant le système des deux législations sur cette matière n'est pas le même. Sans en tracer ici toutes les différences, nous nous bornerons à dire que la loi prussienne autorise l'adoption des enfants mineurs tandis que la loi française la refuse.

En France aussi, on avait d'abord pensé à ne permettre l'adoption qu'à l'égard des mineurs, et dans ce cas on accordait à ces mineurs devenus majeurs la faculté d'y renoncer dans un délai prescrit, en déclarant, d'ailleurs, l'adoption irrévocable pour l'adoptant et pour ceux qui dans l'acte auraient contracté au nom du mineur; tout en étant pénétré de la nécessité de donner à l'adoption toute la fixité possible et de rapprocher ainsi la fiction de la vérité (1).

Mais cette faculté de renoncer, laissée à l'adopté mineur, choquait de bons esprits qui voulaient rendre l'adoption irrévocable même pour les mineurs.

« Le système de l'irrévocabilité qui a prévalu, disait le

(1) V. dans la Législation civile par Locré, sur le titre de l'Adoption, les articles du projet transcrit sous le n° 6 du commentaire 1.

consul Cambacérès, est en harmonie avec le but de l'institution.

» L'adoption est une fiction destinée à imiter la nature. On ne peut donc pas plus cesser d'être enfant adoptif que d'être enfant naturel. La révocabilité de la part de l'enfant renverserait dans sa base le système de l'adoption. Car, si elle était admise pour l'enfant, elle devrait aussi l'être pour le père. La réciprocité serait de justice rigoureuse : il faudrait que dans certains cas, comme par exemple dans ceux de l'exhérédation, le père pût renvoyer l'enfant qu'il aurait adopté; et alors il n'y aurait plus rien de certain dans l'adoption ; il n'y aurait plus, surtout, une imitation exacte de la nature (1). »

« Pour revenir au fond de la question, disait le premier consul, qu'est l'adoption si elle pour être révoquée? Elle cesse d'être un lien entre le père et le fils ; tous deux peuvent redevenir étrangers l'un à l'autre ; car le consul Cambacérès a observé avec raison que la révocabilité devait être réciproque. Il n'est pas d'homme sensé qui veuille s'exposer à prendre soin de l'éducation d'un enfant, à lui prodiguer ses biens et sa sollicitude, pour être méconnu lorsque cet enfant aura atteint l'âge où les passions deviennent si impétueuses. Adoption et révocabilité sont deux termes qu'on ne rapprochera jamais. »

Le premier Consul voulait que l'irrévocabilité s'appliquât même aux mineurs.

Mais il était difficile de lier à jamais un mineur par un acte qui ne serait pas, qui ne pourrait être son ouvrage.

Ces diverses considérations firent abandonner le système de l'adoption des mineurs; mais le principe de l'irrévocabilité de l'adoption resta comme base de l'adoption des majeurs.

Voici comment s'exprimait le tribun Gary, en présentant au Corps législatif le vœu de l'adoption :

(1) *Ibid*, commentaire 4, n. 20.

« Vous avez reconnu, législateurs, combien il est nécessaire qu'une adoption soit irrévocable à l'instant où elle est formée ; ce qui serait impossible, s'il était permis d'adopter les mineurs. Car alors il faudrait leur réserver la liberté, quand ils seraient parvenus à leur majorité, de renoncer à l'adoption ou de la confirmer. Ainsi l'adoption serait irrévocable d'une part et révocable de l'autre. C'est ce que ne permet point le grand intérêt d'établir sur des bases fixes et immuables tout ce qui tient à l'état des hommes et au sort des familles (1). »

Comment avec de tels éléments de conviction hésiter à reconnaître que l'adoption est irrévocable?

La loi ne le dit pas, oppose-t-on? Soit. Mais elle ne dit pas aussi qu'elle peut être révoquée.

Mais, si la lettre est muette, son esprit signale l'irrévocabilité, et les motifs qui l'ont dictée la proclament ;

Mais son système entier, son but, sa nature, s'opposent aux variations, aux incertitudes qu'entraînerait la faculté de révoquer (2).

La question a été jugée dans le sens de l'irrévocabilité par la Cour de Riom, le 26 avril 1808, pour une adoption antérieure, il est vrai, au Code civil. Elle a été décidée de la même manière pour une adoption faite sous le Code, par un arrêt de la Cour de Grenoble, du 2 mars 1842 (3).

De cette théorie et des délais de rigueur fixés pour l'accomplissement des formalités prescrites, on doit conclure que, tant que ces formalités ne sont pas remplies, les deux

(1) Législation civile, commentaire 12, n° 10. Voir aussi l'Esprit du Code civil sur ce titre, t. 4, p. 327, édition in-4°, et t. 5 de l'éd. in-8°, p. 450.

(2) V. Duranton, t. 3, n° 320; Dalloz aîné, Dictionnaire, t. 1. 307; Grenier, p. 507, 521, 538, 539; Merlin, Répertoire, v° *Révocation d'adoption*.

(3) V. l'arrêt de Riom dans le Recueil de Dalloz jeune ou de Denevers, t. 8. 1. 208; et celui de Grenoble dans le Journal de Sirey, t. 43. 2. 171.

parties peuvent d'un consentement commun, annuler l'acte qui contient leur consentement réciproque pour l'adoption. Car elles n'ont qu'à négliger ces formalités, et l'adoption restera sans effet.

Mais, dès que l'autorité publique a homologué l'acte d'adoption, ou plutôt dès que l'acte sanctionné par cette autorité a été inscrit sur les registres de l'état civil, ni les parties ni les tribunaux ne peuvent anéantir la filiation adoptive.

Telles sont les règles sur l'adoption ordinaire et sur l'adoption rémunératoire.

On doit y ajouter une autre condition commune aux différentes espèces d'adoption ; savoir, la bonne réputation de celui qui se propose d'adopter.

Cette condition doit être vérifiée par les tribunaux chargés par la loi de l'homologation de l'acte d'adoption. (article 355 du Code civil.) Cet examen les décide à admettre ou à rejeter l'adoption, selon qu'elle leur paraît ou non avantageuse et honorable pour l'adopté.

902. Nous n'entrerons pas dans tout le développement que comporteraient les formes des adoptions par actes entre-vifs.

Ces formes sont tracées dans les articles 353 et suivants du Code civil.

Elles sont fort simples.

Le juge de paix du domicile de l'adoptant reçoit l'acte du consentement de l'adoptant et de l'adopté (art. 353).

Cet acte est remis dans les dix jours de sa date au procureur du roi pour être soumis à l'homologation du tribunal (art. 354).

Le tribunal vérifie si les conditions sont remplies, et sur les conclusions du procureur du roi déclare, sans énoncer de motifs, qu'*il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu à l'adoption* (art. 355 et 356).

Cette décision est soumise à la Cour royale dans le mois de sa date ; et le jugement est confirmé ou infirmé avec une déclaration semblable insérée dans l'arrêt (art. 357).

L'arrêt de la Cour est prononcé à l'audience et doit être affiché ; il doit de plus être inscrit, dans les trois mois de sa date, sur les registres de l'Etat civil ; et ce délai est tellement de rigueur que, s'il n'est pas observé, l'adoption reste sans effet (art. 358 et 359).

On pourrait cependant en recommencer les formalités ; car la loi ne dit rien de contraire.

On remarque par l'ensemble de toute cette procédure qu'elle est secrète. Motif de plus pour qu'on ne puisse opposer le jugement d'homologation aux héritiers de l'adoptant.

Ces héritiers ont seulement le droit, si l'adoptant meurt avant que l'adoption soit admise, de remettre au procureur du roi des mémoires et des observations pour s'y opposer (art. 360).

Ils ne peuvent, d'ailleurs, attaquer l'adoption pendant la vie de l'adoptant, sous aucun prétexte, pas même dans la seule vue d'empêcher l'adopté de porter un nom de famille qui est aussi le leur. Ainsi jugé par la Cour de Grenoble, le 22 mars 1843 (voir l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 43. 2. 505).

Si après la mort de l'adoptant ils demandent la nullité de l'adoption, c'est par action principale et d'abord devant un tribunal de première instance qu'ils doivent procéder; ils ne seraient pas recevables à porter leur demande directement devant la Cour qui a homologué l'adoption. (Arrêt de la Cour de Grenoble, du 2 mars 1842; Sirey, t. 43. 2. 171).

903. Les conditions et les formes pour l'adoption testamentaire sont beaucoup plus simples ; mais ce mode d'adoption n'est autorisé que de la part du tuteur officieux d'un mineur.

La tutelle officieuse, objet du chapitre 2 du titre de l'Adoption, est une création moderne que nos législateurs ont empruntée du Code prussien, avec cette modification importante que chez les Prussiens elle n'est appliquée qu'à

l'enfant abandonné par ses parents, tandis que, parmi nous, elle peut avoir lieu pour tout mineur, du consentement des père et mère de celui-ci ou du survivant d'eux ou, à leur défaut, du conseil de famille ; ou si l'enfant n'a pas de parents connus, du consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli ou de la municipalité du lieu de sa résidence (C. civ., art. 361).

La tutelle officieuse se forme aussi par un procès-verbal dressé devant le juge de paix constatant les demandes et les consentements qui y sont relatifs (Code civ., art. 363).

904. L'enfant doit avoir moins de quinze ans, et le tuteur officieux plus de cinquante. Celui-ci doit être sans enfants ni descendants légitimes ;

Le tuteur officieux est obligé de nourrir et d'élever l'enfant et de le mettre en état de gagner sa vie. Il est l'administrateur de sa personne et de ses biens. (Code civil, article 364, 365 et 361.)

L'enfant à sa majorité peut requérir le tuteur officieux de l'adopter, et en cas de refus réclamer de lui une indemnité, s'il n'est pas alors en état de gagner sa vie. (V. article 369).

Si le tuteur officieux meurt avant la majorité du pupille, celui-ci doit obtenir contre la succession des moyens de subsister jusqu'à sa majorité (Code civ., art. 367).

Les charges que la tutelle officieuse impose au tuteur, rendraient nécessaire pour cette fonction comme pour l'adoption le consentement du conjoint de celui qui demanderait cette tutelle. Il y avait pour exiger ce consentement les mêmes motifs de convenances, d'égards, d'intérêt de famille et d'union domestique ; aussi est-il prescrit par l'art. 362.

Art. 362. « Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint. »

Des expressions générales de cet article il résulte qu'une femme peut être admise à la tutelle officieuse. C'est une dérogation aux règles ordinaires ; mais puisque l'adoption

lui est permise, pourquoi ne lui donnerait-on pas aussi la faculté d'exercer la tutelle officieuse qui est un moyen de préparer l'adoption même ?

905. La tutelle officieuse n'est pas nécessaire pour préparer les deux sortes d'adoptions, ordinaire et rémunératoire, dont nous avons déjà parlé (1).

Mais elle est constituée dans la prévision d'une adoption future soit par actes entre-vifs, soit par testament.

L'adoption qui en est la suite, si elle est faite par actes entre-vifs, est soumise aux conditions ordinaires pour les adoptions; et comme elle ne peut être faite avant la majorité de l'enfant, ce pupille, qui est entré en tutelle âgé de moins de quinze ans, devra recevoir, comme dans le cas de l'art. 345, six ans au moins de secours et de soins avant d'être adopté.

Les formes de cette adoption seront celles déjà indiquées.

906. L'adoption par testament n'est subordonnée elle-même à aucune condition si ce n'est celle de cinq années révolues de tutelle officieuse, pourvu cependant que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes.

Ce mode particulier d'adoption est autorisé par l'art. 366 du Code :

« Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes. » Art. 366

Cette exception bienfaisante a été accueillie avec faveur. Il est juste que le vieillard, qui s'est attaché à l'enfant son pupille, qui a reçu, pour prix de ses soins, des marques d'une affection filiale, sentant sa fin s'approcher, veuille consommer son ouvrage et conférer à sa mort le titre et les

(1) V. l'Exposé des motifs dans la Législation de Locré, comment. 10, n° 18.

droits d'un fils à celui que, pendant sa vie, il a élevé a
tendresse et l'inquiète sollicitude d'un vrai père.

On avait été plus loin d'abord ; on voulait que l'ado
résultât de plein droit de la tutelle officieuse si le tute
s'était pas expliqué par testament pour l'exclure.

Mais on réfléchit que c'eût été dénaturer la tutelle
cieuse et la convertir en adoption sous condition résolu
on se borna donc à autoriser l'adoption par testament
cinq ans de tutelle officieuse.

907. Le délai de cinq ans a été fixé parce qu'il a pa
cessaire pour que l'affection fût éprouvée.

Ce motif et la lettre expresse de la loi ne permettent
de penser qu'un testament antérieur aux cinq années d
telle officieuse pût conférer l'adoption.

Duranton qui est de cet avis l'appuie sur la règle
nienne qui est ainsi définie : *Quod si testamenti facti
pore decessit testator, inutile foret, id legatum, quandoc
decesserit, non valere.* L. 1, ff. *de regulâ catonianâ.*

Cependant cette définition est souvent fausse : *quæ d
tio in quibusdam falsa est*, dit la même loi. Elle ne s'a
que pas, d'ailleurs, aux dispositions conditionnelles. -
conditionalia non pertinet, dit la loi 41, § 1, *de Legati*

Ne pourrait-on pas, dans ce sens, considérer comm
lable une adoption conditionnelle faite par le tuteur offic
et dans laquelle il déclarerait qu'il adopte pour le cas
ne mourrait qu'après cinq ans de tutelle officieuse.

La faveur qui est due au pupille commanderait, il
ble, cette décision (1).

908. M. Toullier enseigne que la survenance d'en
légitimes révoque l'adoption testamentaire.

M. Duranton critique, avec raison, cette opinion ; le
cipe de la révocation par survenance d'enfant, ne s'
quait qu'aux donations entre-vifs (Code, art. 964).

(1) Duranton, n° 304.

D'ailleurs l'art. 366 ne parle que du cas où le tuteur laisserait des enfants à son décès, ce qui ne peut s'entendre du cas où il lui en surviendrait après le testament, mais qui mourraient eux-mêmes avant lui (1).

909. A cette opinion qui paraît exacte l'auteur en ajoute une autre qui est plus douteuse. Il dit que la majorité du pupille du vivant du tuteur rendrait caduque la disposition testamentaire, ce qui résulte, ajoute-t-il, de la combinaison des art. 366 et 368.

Cependant ces deux articles, réunis ou séparés, ne disent rien de semblable.

L'art. 368 prescrit, il est vrai, les formes de l'adoption faite par acte entre-vifs, après la majorité du pupille.

Mais c'est parce qu'il suppose qu'il n'y a pas eu encore d'adoption.

Cet article, d'ailleurs, n'annule pas l'adoption testamentaire qui aurait été faite pendant la minorité. Or les nullités ne se suppléent pas.

Ne serait-il pas même dangereux de donner à l'art. 368 l'effet d'annuler, à la majorité de l'enfant, l'adoption testamentaire? Car ne pourrait-il pas arriver que, surpris par la mort, aussitôt après cette majorité, le tuteur officieux n'eût pu adopter par acte entre-vifs, et qu'ainsi, quelle que fût son intention, quelque fût aussi le désir du pupille, l'adoption nouvelle ne fût pas effectuée?

Au reste, quel motif d'intérêt public ou privé pourrait-il y avoir de déclarer nulle l'adoption testamentaire?

Valable dans le principe puisqu'elle aurait été faite dans des circonstances où la loi l'autorisait en cette forme, pourquoi deviendrait-elle nulle par la prolongation de la vie de l'adoptant?

Sans intérêt pour la société, cette nullité serait aussi sans intérêt pour l'adopté qui ne serait point lié par le testament

(1) Toullier, n° 1024; Duranton, note sur le n° 542.

de son tuteur, et qui pourrait refuser l'adoption si elle ne lui convenait pas. L'adoption testamentaire doit donc, il semble, être maintenue tant qu'elle n'a pas été révoquée, pourvu qu'elle soit faite après cinq ans de tutelle officieuse et pendant la minorité de l'enfant.

910. Le cas prévu par l'art. 366, celui de cinq années de tutelle officieuse, est le seul qui autorise l'adoption testamentaire. Elle ne serait pas valable comme rémunératoire de la vie sauvée. Car les exceptions aux règles générales doivent être restreintes dans leurs propres limites. Sous ce rapport, au reste, il est aussi facile d'employer un contrat entre-vifs qu'un testament.

Remarquons que la loi ne prescrit pas de faire homologuer par les tribunaux l'adoption contenue dans un testament, d'où l'on doit conclure que l'homologation n'est pas nécessaire.

Quant à la forme du testament elle est aussi indifférente. On peut faire usage de toutes celles que la loi a établies.

Remarquons aussi qu'il est inutile de déterminer, dans cet acte de dernière volonté, la quotité des biens du testateur, que l'adopté devra obtenir. Son titre d'enfant adoptif suffira pour lui assurer les mêmes droits, la même portion héréditaire qu'à un enfant légitime (V. l'article 350.)

911. Les effets de l'adoption sont clairement déterminés par le Code civil, depuis et compris l'article 347, jusqu'à l'article 352, inclusivement.

L'adopté prend le nom de l'adoptant, et l'ajoute au sien propre, (art. 347.)

Il reste, d'ailleurs, dans sa famille naturelle, et y conserve tous ses droits, (art. 348.)

Il s'établit entre lui et le père adoptif l'obligation naturelle de se fournir des aliments, et un droit de successibilité qui n'est cependant pas réciproque. Mais ce droit ne s'étend pas aux successions des parents ni de l'un ni de l'autre. Ce droit sur les biens de l'adoptant est pour l'adopté le même

que celui d'un enfant légitime, et il est transmissible aux enfants ou descendants de l'adopté qui, par représentation de leur père, succèdent à l'adoptant s'il survit à l'adopté (1).

Pour l'adoptant le droit de successibilité est limité aux choses par lui données à l'adopté. Ces choses, si l'adopté meurt sans descendants légitimes, et si elles se retrouvent dans sa succession, mais *en nature*, retournent à l'adoptant ou aux descendants de celui-ci (art. 350 et 351.) C'est le retour successoral de l'article 747, mais plus étendu sous un rapport. Car l'adoptant, qui survit à l'adopté et aux descendants de celui-ci, succède aussi aux choses par lui données si elles existent dans l'hérédité. (Art. 352.) Mais il n'en est pas ainsi des héritiers de l'adoptant.

Tous les autres biens de l'adopté appartiennent à ses héritiers naturels. (Art. 351 et 352.)

Les droits de successibilité qu'acquiert l'adopté sont identiques à ceux qu'aurait un enfant né en mariage. Ainsi, il a droit à la même réserve légale, et il prive les ascendants de l'adoptant de la réserve légale qu'ils auraient eue sans sa présence à défaut d'enfants légitimes.

Il peut faire réduire toutes les dispositions entre-vifs ou testamentaires qui portent atteinte à cette réserve quelle que soit leur date.

Il peut même faire réduire, dans l'intérêt de sa réserve, les dons contractuels que se seraient faits par contrat de mariage deux époux qui l'auraient adopté en commun (2).

(1) V. Code civil, art. 347, 351, 740; Proudhon, t. 2. p. 139; Toullier, t. 2, n° 1015; Duranton, t. 3, n° 314; arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1822 rapporté par Dalloz jeune, t. 22. 1. 489; arrêt de la Cour de Paris, du 27 janvier 1824, rapporté par Dalloz jeune, t. 24. 2. 98. Contre, Locré, Esprit du Code civil, t. 4, p. 344, et Grenier, n° 37.

(2) Arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1825; autre de la même Cour, du 26 avril 1808; arrêt de la Cour de Trèves, du 22 janv. 1813, rapportés par Sirey. t. 26. 1. 29; t. 8. 1. 333; t. 14. 2. 3, et par Denevers ou son continuateur, t. 23. 1. 222; t. 6. 1. 208; t. 12. 2. 42.

Quelques auteurs sont d'une opinion contraire ; mais la jurisprudence paraît fixée. Elle se fonde sur ce que l'adoption n'est pas un simple contrat dont l'effet ne puisse rétroagir, mais que c'est un acte de l'état civil régi par des règles qui lui sont propres ; en sorte que la question de la réduction des donations antérieures ne doit pas être décidée d'après les principes généraux qui veulent que les contrats ordinaires ne portent pas atteinte aux dispositions même gratuites faites antérieurement, mais d'après l'article 350 et les lois sur les successions.

912. Cependant l'adoption ne produit pas, comme la naissance d'un enfant légitime, la révocation des donations entre-vifs précédemment faites (art. 960, C. civ.) ; elle en opère seulement la réduction au décès de l'adoptant.

L'adoption n'empêche pas aussi le droit de retour, stipulé par un donateur dans une donation faite par celui-ci à l'adoptant, pour le cas où le donateur mourrait sans enfants. Arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1822, appliquant ce principe même au cas d'une donation faite à l'adoptant par son époux antérieurement à l'adoption. (Le voir dans le journal de Dalloz, t. 22. 1. 381.)

Nous arrêterons là notre dissertation sur l'adoption ; elle pourrait être plus étendue ; mais elle nous éloignerait trop de notre sujet principal dont nous nous sommes déjà beaucoup écarté, et auquel l'adoption ne tient que par quelques dispositions.

TITRE VI.

DES OBLIGATIONS ET DES DROITS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

Division du Titre 6 en deux chapitres, l'un relatif aux époux entr'eux; l'autre concernant les époux et les enfants.

Après avoir examiné la nature du mariage, ses conditions, ses formes, son influence sur la filiation légitime, naturelle et adoptive, nous devons rechercher les obligations, les droits et les avantages qui en résultent, soit pour les époux entr'eux, soit à l'égard des enfants qui en sont provenus.

Cette recherche sera l'objet des deux chapitres suivants.

CHAPITRE Ier.

Des droits, des devoirs et des avantages des époux entr'eux. Division en deux sections.

913. L'intimité des rapports que l'institution du mariage établit entre les époux, devait aussi produire entr'eux des obligations, des droits respectifs et des avantages qui n'existeraient pas entre deux personnes étrangères l'une à l'autre.

Les mœurs et les usages des divers peuples règlent en grande partie les effets de ces rapports, mais ce n'était pas assez. La loi civile devait aussi leur imprimer son sceau, et le Code civil n'a pu négliger cet objet important sur lequel les lois anciennes lui offraient, et un modèle à suivre, et même des principes à consacrer.

La législation nouvelle s'est occupée non-seulement des devoirs et des droits qui résultaient de la qualité d'époux, mais encore des libéralités spéciales que cette qualité autorisait.

Ce chapitre, destiné principalement à retracer les devoirs et les obligations des époux entr'eux, se divisera en deux sections; dans l'une, on traitera des devoirs communs ou corrélatifs; dans l'autre, de la nécessité de l'autorisation de la femme pour ester en jugement ou pour contracter.

Section Ire.

Des obligations et des devoirs des époux entre eux.

SOMMAIRE.

914. *Premier devoir mutuel des deux époux, vie commune et fidélité.*
915. *Motifs de la sévérité de la loi pour la femme infidèle, et conséquences de cette sévérité.*
916. *Second devoir réciproque. — Secours et assistance.*
917. *Effets de ce devoir.*
918. *Autre devoir, protection d'un côté, obéissance de l'autre. — Motifs de leur différence.*
919. *La prééminence du mari a produit l'article 214 du Code, qui règle les obligations réciproques.*
920. *La femme doit-elle suivre son mari même à l'étranger?*
921. *Perd-elle en le suivant sa qualité de Française?*
922. *Le mari doit-il de son côté offrir un logement particulier et convenable? — Arrêts sur la question.*
923. Quid *si le mari est pauvre et que la femme soit séparée de biens et à l'aise?*
924. Quid *si en recevant sa femme le mari la relègue dans un appartement séparé?*
925. *Des moyens coercitifs pour contraindre la femme à se réunir à son mari. — Difficulté. — Arrêts divers.*

Les devoirs des époux sont, les uns communs au mari et à la femme, les autres particuliers à chaque époux, mais

ayant pour chacun d'eux une corrélation intime avec un devoir correspondant de l'autre époux.

914. Un devoir que signale la définition même du mariage, telle qu'elle nous est donnée par les loi romaines, c'est la vie commune ; c'est la communication par l'un des époux à l'autre, de tous les droits, de tous les biens dont il jouit.

« *Nuptiæ sunt conjunctio maris et fœminæ, et consortium omnis vitæ, et divini et humani juris communicatio.* L. 1. ff. *de ritu nuptiarum.* »

Ce devoir tracé par la morale publique est également prescrit aux deux époux par l'article 212.

« Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. » Art. 212.

Cet article et l'article 213, suivant lequel le mari doit protection à la femme, la femme obéissance à son mari, ne se trouvaient pas dans le projet du Code. La Commission de rédaction avait cru sans doute qu'il suffisait qu'ils fussent proclamés par la morale. Il furent ajoutés sur la proposition de la Section de législation.

« Et quel ami des mœurs pourrait aussi refuser son assentiment à ces articles du projet où les devoirs mutuels des époux sont retracés avec une si juste précision ? Ne fussent-ils que des points de morale, il faudrait encore rendre grâces aux auteurs du projet de leur avoir donné par la loi ce caractère auguste qui les recommande. Mais ils sont aussi des principes de législation dont l'étude a dirigé notre opinion dans l'une des controverses les plus importantes (1). »

(1) Rapport fait par Gillet au Tribunat. — V. Législ. civ. sur le titre du Mariage, comment. 10, no 17.

NOTA. Le Code prussien, qui a précédé le nôtre, contient dans l'article 173 les dispositions des articles 212 et 213 du Code Napoléon, et dans l'art. 188, celles des art. 215 à 218, 225 et 226 du Code Napoléon.

Le Code des Deux-Siciles et le Code Sarde les contiennent aussi, savoir : Le premier dans les art. 201 et 202, et le second dans les art. 125

Cette dernière observation est relative à l'exercice de la puissance maritale sur les biens de la femme.

Le devoir de fidélité, prescrit par l'article 212, est une conséquence de la prohibition de la polygamie que nos mœurs et nos lois repoussent.

et 126; les art. 203 à 215 du Code sicilien sont conformes aux art. 218 à 226 du Code Napoléon; seulement l'art. 217 du Code sarde déclare valable la donation faite par la femme sans l'autorisation de son mari à un enfant commun ou né d'un précédent mariage.

Les art. 127, 129, 130, 135 à 139 du Code sarde sont conformes aux art. 214, 215 à 218, 219, 220, 223, 225 et 226 du Code Napoléon.

Les art. 114 à 117, 122, 124 et 125 du Code du canton de Vaud sont conformes aux articles 212 à 215, 220, 223 et 225 du Code français.

L'article 119 de ce premier Code est aussi conforme à l'art. 218 du Code Napoléon; mais il ajoute que la femme ne peut passer aucun contrat ni s'obliger ni accepter une donation et une succession sans l'autorisation de son mari et de deux de ses plus proches parents.

L'article 120 veut que si la femme s'oblige au profit de son mari l'autorisation de la justice de paix soit toujours nécessaire.

Le Code hollandais a, dans ses articles 158, 159, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 170, 171, 173, des dispositions semblables à celles des articles 212, 213, 214, 215, 216, 218, 220, 225, 226 du Code Napoléon.

Mais l'art. 168 ajoute, relativement à la femme marchande publique, que « si le mari révoque son consentement, il sera tenu de rendre publique sa révocation. »

L'article 164 porte : « La loi présume le consentement du mari à l'égard des actes ou des engagements de sa femme pour les dépenses journalières du ménage. »

Suivant le Code bavarois la femme ne peut ester en justice sans l'autorisation du mari ou celle du juge; mais le mari n'a que cinq ans pour demander la nullité résultant du défaut d'autorisation. — La femme peut tester. (Art. 25 du Code bavarois.)

Les art. 173 et 188 du Code prussien sont conformes aux art. 212, 213, 215 à 218, 225 et 226 du Code Napoléon.

Le Code autrichien, par l'art. 90, déclare égaux les devoirs des époux pour la fidélité et le traitement honnête; par l'art. 91, il dit que le mari est le chef de la famille et qu'il doit protéger et entretenir sa femme; par l'art. 92, que la femme prend le nom, l'état et les droits de son mari; qu'elle doit le suivre dans son domicile et lui obéir; ces deux Codes ne sont autre chose que le Code Napoléon modifié dans certaines parties.

Le paragraphe 90 du Code autrichien appliqué aux États d'Italie est à peu près la traduction de l'art. 213.

Ce devoir est mutuel. Car les deux époux se donnent sans réserve l'un à l'autre. Ils se donnent tous deux le corps et le cœur, suivant l'expression de Portalis. Ils doivent donc être l'un comme l'autre fidèles à la foi promise.

915. « Mais, ajoute l'orateur, l'infidélité de la femme suppose plus de corruption, et a des effets plus dangereux que l'infidélité du mari ; aussi l'homme a toujours été jugé moins sévèrement que la femme. Toutes les nations, éclairées en ce point par l'expérience et par une sorte d'instinct, se sont accordées à croire que le sexe le plus aimable doit encore, pour le bonheur de l'humanité, être le plus vertueux.

» Les femmes connaîtraient peu leur véritable intérêt, si elles pouvaient ne voir, dans la sévérité apparente dont on use à leur égard, qu'une rigueur tyrannique plutôt qu'une distinction honorable et utile. Destinées par la nature au plaisir d'un seul et à l'agrément de tous, elles ont reçu du ciel cette sensibilité douce qui anime la beauté et qui est sitôt émoussée par les plus légers égarements du cœur, ce tact fin et délicat qui remplit chez elle l'office d'un sixième sens, et qui ne se conserve et ne se perfectionne que par l'exercice de toutes les vertus ; enfin, cette modestie touchante qui triomphe de tous les dangers et qu'elles ne peuvent perdre sans devenir plus vicieuses que nous. Ce n'est donc point dans notre injustice mais dans leur vocation naturelle que les femmes doivent chercher le principe des devoirs plus austères qui leur sont imposés pour leur plus grand avantage au profit de la société (1).

Ces considérations et le besoin d'assurer l'état des familles, ont dicté la rigueur des dispositions législatives contre la femme adultère (2).

(1) Exposé des motifs de la loi sur le Mariage. V. Législation civile, comment. 9, n° 62.

(2) Exposé des motifs de la loi sur le Mariage. V. la Législation civile de Locré, comment. 9, n° 62.

Chez les romains, l'accusation d'adultère ne pouvait être portée que contre la femme et son complice, jamais contre le mari.

Publico judicio non habere mulieres adulterii accusationem, quam vis dematrimonio suo queri velint, lex Julia declarat; quæ, cum masculis jure mariti accusandi facultatem detulisset, non idem fœminis privilegium detulit. L. 1. Cod. *ad leg. Jul. de adult.*

Ces principes étaient ceux de l'ancien droit français. L'adultère de la femme autorisait le mari à provoquer la séparation de corps. La femme n'avait pas le même droit.

Aujourd'hui ce droit appartient aussi au mari; mais il n'est accordé à la femme que lorsque le crime est aggravé par l'outrage, lorsque le mari tient sa concubine dans la maison commune.

La femme adultère et son complice peuvent même être condamnés à un emprisonnement sur la dénonciation du mari (1).

916. Les époux se doivent aussi mutuellement secours et assistance. *Ils se doivent secours.* C'est une obligation imposée par les principes ordinaires à tout associé envers son associé. Elle doit surtout être remplie par un époux envers son épouse. Les lois morales comme les lois civiles l'y soumettent. Elle n'est que l'exécution de cette sage règle du droit commun qui prescrivait entre époux la communication du droit divin et humain.

Sur cette règle était fondé autrefois l'usage du douaire attribué à la femme pour assurer sa subsistance après la mort du mari.

C'est aussi suivant cette règle que le mari devait autrefois à la femme des aliments, quoiqu'elle n'habitât pas avec lui, si elle avait de justes causes pour en rester éloignée, et réci-

(1) Code pénal, art. 336 et 337; voir aussi l'art. 308 du Code civil.

proquement que la femme séparée devait des secours au mari, *si fortunâ vitio non suo, laborat* (1).

Aujourd'hui ces secours pourraient encore être exigés.

917. C'est sur cette règle qu'est fondée la disposition de l'art. 1575 du Code civil qui exige que la femme dont tous les biens sont paraphernaux contribue pour un tiers de ses revenus aux charges du ménage; la même règle a dicté l'article 1448, suivant lequel la femme séparée de biens doit aussi contribuer aux frais du ménage et à ceux de l'éducation des enfants communs.

L'art. 212 prescrit non-seulement le secours mais encore l'assistance.

Or l'assistance a un sens plus étendu que le secours. Par cette expression la loi veut que, même dans le malheur, dans les infirmités, dans les maladies graves, les époux ne s'abandonnent pas.

Quid enim tàm humanum est, quàm ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse. L. 22, § 7, ff. *solut. mut.*

Les maladies contagieuses même ne sont pas une cause légitime d'abandon. La loi civile ne l'autorise pas dans les moments de dangers.

La morale humaine le condamne, et la morale religieuse, plus parfaite encore que la morale humaine, commande alors le dévouement; touchant précepte si en opposition avec le froid égoïsme qui, de nos jours surtout, est la honteuse plaie de la société!

Il est un cas qui était autrefois une cause de divorce, et qui, aujourd'hui, est encore une cause de séparation de corps, c'est celui de la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. Un tel événement affranchirait-il l'autre époux de l'obligation de secourir, d'assister le coupable? (Code civil, art. 232.)

(1) V. Rousseau-Lacombe, *verbo Aliment et Brodeau, lettre C.*, n° 29.

Sans doute il en aurait été affranchie lorsque le divorce pouvait être prononcé. Car la dissolution du mariage aurait fait cesser les devoirs.

Mais quelque grave que soit la peine, quelque juste que soit la condamnation, et quoique la séparation ait été prononcée, le nœud du mariage n'est pas rompu, les devoirs subsistent toujours, et l'autre époux doit, autant qu'il est en lui, secourir par ses sacrifices, soulager par ses soins, le malheureux qui s'est égaré. C'est un devoir douloureux, mais c'est un devoir, et un tel exemple de vertu peut exciter un salutaire remords dans le cœur du coupable.

Si cependant la condamnation emportait la mort civile le mariage serait dissous, et les devoirs cesseraient aux yeux de la loi. (Code civil, art. 227.) Mais ils conserveraient toute leur force devant notre religion, la religion de nos pères qui ne reconnaît de dissolution du mariage que par la mort naturelle.

Art. 213. 918. Nous avons dit que, suivant l'art. 213, « le mari doit » protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari. »

Le devoir de l'épouse est en quelque sorte le prix de l'accomplissement de celui de l'époux, et la différence des devoirs tient à la différence qui existe dans la force physique et morale des deux époux.

L'orateur du Gouvernement a éloquemment exprimé les motifs de la disposition :

« On a long-temps disputé, dit-il, sur la préférence ou l'égalité des deux sexes. Rien de plus vain que ces disputes.

» On a très-bien observé que l'homme et la femme ont partout des rapports et partout des différences. Ce qu'ils ont de commun est dans l'espèce ; ce qu'ils ont de différence est du sexe. Ils seraient moins disposés à se rapprocher s'ils étaient plus semblables. La nature ne les a fait si différents que pour les unir.

» Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et leurs devoirs respectifs. Sans doute,

dans le mariage les deux époux concourent à un objet commun ; mais ils ne sauraient y concourir de la même manière. Ils sont égaux en certaines choses, et ils ne sont pas comparables dans d'autres.

» La force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la prudence du côté de la femme.

» L'homme et la femme ne peuvent partager les mêmes travaux, supporter les mêmes fatigues, ni se livrer aux mêmes occupations. Ce ne sont point les lois, c'est la nature même qui a fait le lot de chacun des deux sexes. La femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible ; l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort.

» La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins, et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice de ses facultés. Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît dans le mari.

» L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protége, et elle est une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre (1). »

Mais l'obéissance de la femme n'est pas la soumission d'un esclave. C'est, comme le dit M. Portalis, un hommage de reconnaissance rendu au pouvoir qui protége.

Ce pouvoir lui-même doit être guidé par la raison, adouci par l'affection ; s'il devenait oppressif, il dénaturerait son caractère, il blesserait la loi, il autoriserait la femme à s'en affranchir par une action en séparation de corps (2).

Chez les anciens peuples, la puissance du mari sur sa femme était bien plus prononcée. Les Grecs en général achetaient leurs femmes qui devenaient ainsi leur propriété.

(1) Portalis, Exposé des motifs. — V. Législation civile de Locré, commentaire 9, n° 62.

(2) Duranton, t. 2, n° 433.

Parmi les Romains aussi le mari acquérait sur sa femm un droit de propriété *jus dominii ;* soit que le mariage s'opér par la coemption, *coemptione*, qui était une espèce de ven fictive, ou par la confarréation, espèce de mariage qui célébrait en présence du souverain pontife et du préteur, par l'usage c'est-à-dire par la cohabitation commune. puissance maritale ainsi acquise donnait au mari le droit disposer à son gré de sa femme et des choses qui lui app tenaient. Mais ce droit absolu n'existait pas à l'égard la femme qui avait apporté une dot.

La prééminence du mari a été reconnue dans toutes l législations.

C'est par un effet de cette prééminence que les femm partageaient, chez les Romains, la dignité de leurs mari et que les enfants suivaient l'origine de leur père.

Chez les peuples modernes ces usages se sont maintenu la femme parmi nous prend le nom du mari, et c'est celui seul qui transmet son nom aux enfants communs.

Conditio FOEMINARUM *in multis deterior*. L. 9, ff. *de sta hominum*.

Major que dignitas in sexu virili. L. 1, *de senat*.

Dignitatem habent à marito nisi cum alio inferioris digr tatis secundo nupserint. L. 8, ff. *de senat*.

Filiæ verò dignitatem habent à patre non à matre. L. 1(*eod*.

Patris originem unus quisque sequitur. L. 39, *Cod.* *Decurionibus*.

Toutes ces règles, quoique non écrites dans nos lois, so observées dans nos mœurs.

Le Code civil général de l'Autriche les a érigées principes de législation (1).

(1) Voici le texte Italien de ce Code qui est la loi du Milanais, §. 91 *La moglie assume il cognome del marito è gode dei diritti della di l condizione*.

919. C'est aussi la prééminence du mari qui a dicté les dispositions de l'article 214 du Code Napoléon.

« La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Art. 214.

» Le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. »

Déjà, au titre du Domicile, article 108, la loi avait déclaré ne reconnaître à la femme d'autre domicile que celui de son mari.

Dans l'article 214, les devoirs de la femme et ceux du mari sont en présence, et doivent concourir à l'harmonie et au bonheur commun.

Si la femme est obligée d'aller habiter avec son mari, le mari est obligé de la recevoir.

Si elle doit le suivre partout où il juge à propos de résider, partout aussi il doit lui fournir ce qui lui est nécessaire pour ses besoins.

920. Lors de l'examen de l'article 214, une question importante fut agitée.

Par un dernier paragraphe de l'article, le projet disait que : *Si le mari voulait quitter le sol continental ou colonial de la république, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le Gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence.*

Les tribunaux avaient demandé la suppression des mots *continental et colonial*, et la Section avait été du même avis.

La suppression était conforme à l'ancien droit. Car autrefois, le mari ne pouvait obliger sa femme à le suivre hors du royaume (1).

Cependant le paragraphe excita de vives réclamations.

M. Reynaud (de St-Jean-d'Angély) fit observer qu'un Français pouvait être appelé dans les colonies pour ses af-

(1) Thiers, *Traité du Mariage*, n° 382.

faires ; qu'alors il devait lui être permis de forcer sa femme à le suivre.

Le premier Consul pensa que l'obligation de la femme de suivre son mari était générale et absolue.

M. Emery fit observer que cette obligation ne devait pas aller jusqu'à suivre le mari dans l'étranger.

M. Reynaud répondit que sans doute le mari n'avait pas le droit de faire de sa femme une étrangère, mais que cependant il ne doit pas être forcé de s'en séparer, lorsque ses affaires le conduisent hors du territoire français.

Le premier Consul ajouta que l'obligation de la femme ne doit recevoir aucune modification, et que la femme est obligée de suivre son mari toutes les fois qu'il l'exige.

Sur les obstacles d'exécution on disait qu'après avoir obtenu un jugement, le mari cesserait de donner des aliments à sa femme.

M. Boulay fit observer que toutes ces difficultés devaient être abandonnées aux mœurs et aux circonstances (1).

Le dernier paragraphe de l'article fut supprimé.

Cette suppression et la discussion qui l'avait précédée ont fait dire à M. Locré qu'il avait été reconnu que le mari n'est pas forcé de se séparer de sa femme, lorsque ses affaires le conduisent hors du territoire français.

921. Il ajoute que le Conseil d'État examina alors si l'épouse d'un Français perd sa qualité de régnicole lorsqu'elle suit son mari qui s'expatrie ; que rien ne fut décidé formellement, et que par conséquent les choses sont restées dans l'état où les met l'article 17 du Code qui ne fait pas de distinction et qui attache à tout établissement en pays étranger, sans esprit de retour, l'effet de faire perdre la qualité de Français (2).

(1) V. le procès-verbal du 4 vendémiaire an 10 (27 septembre 1801) dans la Législ. de Locré, commentaire 3, n° 33.

(2) V. Esprit du Code civil sur cet art. 214.

Cela serait bien rigoureux ; cependant les termes de l'article 17 sont formels, et leur fatale conséquence n'empêcherait pas que la femme ne fût obligée de suivre son mari à l'étranger ; car l'art. 214 est absolu. Il prescrit à la femme de suivre son mari *partout où il juge* à propos de résider. Si le mari se faisait naturaliser en pays étranger, il perdrait la qualité de Français et la ferait perdre à sa femme qui suivrait sa condition (Code civ., art. 17 et 19). Pourquoi ne la perdrait-elle pas aussi comme son mari par l'établissement que ferait celui-ci en pays étranger sans esprit de retour (1)?

Mais pour priver la femme et le mari de la qualité de Français, il faudrait que le défaut d'esprit de retour fût clairement démontré ; ce qui pourrait être fort difficile.

Au reste, la femme devenue veuve, recouvrerait la qualité de Française en résidant en France et en déclarant qu'elle veut s'y fixer (Code c., art. 191).

922. Si la femme est obligée d'aller habiter dans le domicile de son mari, ce n'est qu'autant que celui-ci lui fournit un domicile réel et séparé, et un domicile convenable à leur position sociale et à leur fortune.

Si le mari habite lui-même dans la maison d'une autre personne qui lui fournit le logement et avec laquelle il fait son ménage commun, il ne peut contraindre sa femme à venir demeurer dans ce domicile précaire et fictif.

La Cour de Bruxelles l'a ainsi jugé le 11 mars 1809 dans la cause Poot. Le mari n'avait pas de domicile personnel ; il demeurait chez une tante qui le logeait et le nourrissait. La femme refusa de s'y rendre ; elle soutenait que cette tante était son ennemie, qu'elle l'injuriait, qu'elle la maltraitait. Elle demandait que son mari lui indiquât un domicile réel et séparé. Par arrêt du 11 mars 1809, la Cour ordonna que le sieur Poot prendrait un domicile réel et sans

(1) Vazeilles, *du Mariage*, n° 290.

confusion de ménage, et qu'il l'annoncerait à son épouse afin de la constituer légalement en demeure (1).

M. Vazeille critique vivement cette décision. « Le choix de l'habitation, dit-il, n'appartient pas à la femme. Il est au chef de la société conjugale, qui, à ce titre, a le droit également de composer sa maison ainsi qu'il lui convient, en y admettant des personnes de sa famille et même des étrangers. Le mari peut aussi, selon ses besoins et ses vues, et principalement s'il n'a pas de moyens suffisants pour tenir un ménage, se mettre avec sa femme et ses enfants dans une pension économique, et encore mieux accepter le logement et la table que lui offrent ses parents.....

» En la retenant à la compagnie de parents qui l'accablent d'injures, continue l'auteur, le mari manque à son devoir de protection; et il lui fournit une cause de séparation de corps. Ainsi, sauf à réclamer cette séparation si l'événement justifie ses craintes, la femme peut être condamnée à suivre son mari dans l'habitation ou l'asile qu'il lui indique, quelque répugnance qu'elle puisse avoir à s'y trouver avec des personnes qui lui font envisager une cohabitation pénible (2). »

Ces idées sont trop absolues. Elles ne sont autorisées ni par la lettre ni par l'esprit de l'art. 214, et nos mœurs sociales les repoussent.

Si la loi oblige la femme d'habiter avec son mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider, elle suppose qu'il a à sa propre disposition un lieu de résidence, une maison d'habitation, qu'il a, en un mot, un domicile personnel qui puisse devenir celui de la femme (Code. civ., article 108); elle veut, d'ailleurs, que le mari *puisse la recevoir et lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie.*

Or, s'il est dans l'impossibilité de remplir personnelle-

(1) V. cet arrêt dans le Journal de Sirey, t. 7. 2. 262.
(2) Vazeilles, *du Mariage*, n° 297.

nent cette obligation, comment pourrait-il exiger que sa femme remplît la sienne?

Les deux obligations sont la condition l'une de l'autre; elles doivent donc être indivisibles.

Offrir à sa femme un asile dans une maison étrangère, a faire admettre à la table d'autrui, ce n'est pas de la part du mari remplir l'obligation qui lui est imposée. Car alors ce n'est pas le mari qui reçoit, c'est l'étranger, ce n'est pas le mari qui fournit aux besoins de la femme, c'est encore l'étranger.

Or aucune loi ne soumet la femme à la triste condition de recevoir l'asile de la charité et le pain de l'aumône.

Aucune loi ne la soumet aussi à vivre en commun avec les parents du mari, avec des personnes qui lui rendent la vie pénible et la cohabitation fatigante et douloureuse.

Elle a, dit-on, le remède de la séparation de corps.

Mais ce remède est affligeant. Mais ce remède peut nuire au bonheur, aux intérêts des enfants communs; et beaucoup de femmes hésitent à y recourir.

Mais, d'ailleurs, il faut des faits graves, éclatants, et des preuves évidentes pour obtenir la séparation. Or les vexations de chaque instant, ces tracasseries de mots et d'humeur qui rendent la vie insupportable, surtout lorsqu'elles sont l'œuvre d'une personne étrangère de laquelle on doit tout souffrir parce qu'on en reçoit du pain, toutes ces petites persécutions sans cesse renouvelées, qui, non-seulement, troublent le repos domestique, mais encore qui rendent la cohabitation odieuse et qui accablent leur victime, toutes ces souffrances journalières n'ont pas d'éclat en général et n'offrent pas de prise aux preuves nécessaires pour une séparation de corps.

Comment pourrait-on légalement contraindre une femme à s'y exposer?

Elle est sous la protection du mari et non pas sous son joug;

Elle est son associée et non pas à ses gages;

Elle est son épouse et non son esclave;

Et si le mari ne peut la recevoir chez lui, s'il ne peut fournir lui-même à ses besoins, s'il ne peut la protéger, elle doit, au moins, être momentanément dispensée de se rendre auprès de lui.

C'est dans ce sens que la Cour de Riom a décidé la question dans la cause des époux Solagnier.

La femme Solagnier avait demandé, mais n'avait pu obtenir une séparation de corps. Sommée ensuite par son mari d'aller habiter auprès de lui, elle s'y refusa sur le motif que le sieur Solagnier n'avait pas d'habitation personnelle, qu'il était logé chez sa mère et nourri à la table de celle-ci avec laquelle la belle-fille avait eu de fréquentes discussions pendant une cohabitation temporaire.

La Cour ne crut pas devoir accueillir les réclamations du sieur Solagnier.

Cet arrêt et celui de la Cour de Bruxelles ne sont pas isolés. Les recueils offrent plusieurs autres décisions semblables (1).

Dans ces sortes de causes sur lesquelles les faits, les circonstances doivent avoir la plus grande influence, les tribunaux doivent examiner si les motifs de résistance, allégués par la femme, sont exacts, et s'ils ne voilent pas le désir de conserver une indépendance illégale. Dans ce dernier cas ils doivent se montrer sévères; dans le cas contraire, c'est entendre sainement la règle que de la concilier avec l'humanité.

923. Mais il peut arriver que le mari soit pauvre et que la femme soit riche; que celle-ci soit séparée de biens ou que toute sa fortune lui soit paraphernale, et que la position

(1) V. arrêt de la Cour de cassation, du 26 janvier 1808; S., 7. 2. 195; Denev., 6. 1. 105. — Autre de la même Cour du 9 janvier 1826; Sirey, 26. 1. 262; Dalloz, 24. 1. 121. — Autre de la Cour, de Paris, du 19 avril 1817; S., 18. 2. 63; Dalloz, 15. 2. 134.

embarrassée du mari ne lui permette pas d'offrir à la femme un logement convenable, tandis que, à l'aide de ses revenus, la femme pourrait se procurer et procurer à son époux une habitation et un état de maison conformes à leurs habitudes et à leur condition.

Le mari ne serait-il pas, dans ce cas, autorisé à demander que la femme le reçût dans son propre domicile ou qu'elle en choisît elle-même un nouveau qui deviendrait le domicile conjugal ?

La Cour de Paris s'en tenant au texte littéral de la loi a décidé, par arrêt du 10 février 1824, qu'un mari était non recevable, quant à présent, à contraindre son épouse d'habiter avec lui parce qu'il n'avait ni logement ni moyens pour la recevoir convenablement. Il consentait cependant à ce qu'elle choisît elle-même le domicile conjugal. Et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, le 9 janvier 1826 (1).

Cette décision ne doit pas, il semble, faire jurisprudence. Elle fut dictée, sans doute, par les circonstances, notamment par celle de l'habitation séparée des deux époux pendant de longues années.

Dans les cas ordinaires il serait contraire à la morale et peu conforme à la loi que l'indigence du mari pût autoriser la femme à s'en séparer, et que, s'il était dans l'impossibilité de lui offrir lui-même un domicile convenable, il n'eût pas le droit d'aller habiter auprès d'elle dans le domicile qu'elle aurait choisi.

924. Obligé de recevoir sa femme dans son domicile et de la traiter maritalement, le mari ne remplit pas ce devoir en lui abandonnant une partie de l'appartement qu'il occupe, en mettant une domestique à sa disposition exclusive, et en lui accordant une somme déterminée pour sa subsistance et ses besoins ; il ne satisfait pas, par ces moyens, aux

(1) V. l'arrêt de la Cour de cassation dans le Journal de Sirey, t. 26. 1. 262.

prescriptions de la loi, s'il refuse, d'ailleurs, à sa femme de l'admettre à sa table, de la laisser servir par ses propres domestiques, de la laisser même pénétrer dans la partie de l'appartement qu'il s'est réservé.

C'est ce qu'a jugé avec sagesse la Cour de cassation qui, le 20 janvier 1830, a cassé un arrêt de la Cour de Paris, par lequel cette Cour avait cru voir dans les moyens qu'on vient d'analyser l'exécution du vœu de l'art. 214.

La Cour de Paris n'avait pas réfléchi que la conduite du mari était pour la femme un outrage continu. La loi était violée sous ce rapport; et quoiqu'on prétendît que l'arrêt attaqué n'avait jugé qu'une question de fait, la Cour de cassation vit dans cette étrange interprétation une question de droit et l'oubli de la loi (1).

Le mari, qui refuse de recevoir sa femme et de la traiter maritalement, doit être condamné à lui payer une pension proportionnelle à ses facultés et à son état. (Arrêt de la Cour de Lyon du 30 novembre 1810.)

Une condamnation semblable doit être prononcée contre le mari qui, sur un premier jugement obtenu par la femme, lui indique un domicile où il ne se rend pas lui-même. (Arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1808 (2).

Ces décisions sont justes. Si le mari refuse directement ou indirectement de recevoir sa femme dans son propre domicile, quelle action pourrait-on avoir contre lui pour l'y contraindre? La loi n'en indique pas. Il est nécessaire alors qu'une condamnation pécuniaire procure à la femme les secours, la nourriture et l'entretien qu'elle ne reçoit pas au domicile conjugal.

Les tribunaux ne peuvent autoriser la proposition que ferait un mari à sa femme, ou de venir le rejoindre ou

(1) Sirey, t. 30. 1. 99.

(2) Voir cet arrêt dans le Journal de Dalloz ou de son prédécesseur, t. 8. 1. 77.

de lui payer une pension alimentaire. Ce serait consacrer judiciairement une séparation volontaire (1).

La femme ne peut, sous aucun prétexte, refuser d'aller habiter avec son mari, si celui-ci lui offre un domicile convenable.

Elle ne le peut pas, quoiqu'elle soit en procès avec lui, surtout si le mari se départ, quant à présent, de ses poursuites. (Arrêt de la Cour de Riom du 3 mai 1809.)

La séparation de biens, la faillite du mari, le danger qu'il court d'être contraint par corps, aucune circonstance ne l'affranchit de ce devoir.

Un seul cas l'y autoriserait, celui de l'émigration, lorsqu'elle est prohibée par la loi comme crime contre l'État. Car la loi civile ne peut ordonner ce que la loi politique défend ; et les tribunaux ne condamneraient pas la femme à se rendre complice d'une action que la loi politique déclarerait illicite (2).

925. Mais si malgré des sommations de se rendre au domicile marital, malgré une condamnation même et les injonctions qui l'auraient suivie, la femme persistait dans un refus, quel moyen coërcitif aurait le mari contr'elle?

Cette question a été agitée au Conseil d'État, mais elle n'y a pas été résolue.

Seulement le premier Consul fit observer que, si la femme refusait d'obéir au jugement qui lui ordonnerait de suivre son mari, celui-ci cesserait de lui donner des aliments.

On ajouta qu'au reste toutes ces questions devaient être abandonnées aux mœurs et aux circonstances.

La discussion n'alla pas plus loin (3).

Les moyens coërcitifs embarrassent les tribunaux ; aussi

(1) Arrêt du 12 juillet 1806, Cour de cassation ; Dalloz jeune, 2, 702. — Arrêt du 3 mai 1809, p. 702.

(2) Proudhon, t. 1, p. 260.

(3) V. procès-verbal du 5 vendémiaire an 10, et l'Esprit du Code civil sur l'art. 214.

rien de plus incertain que la jurisprudence sur ces moyens.

Certaines Cours ont autorisé la contrainte par corps contre la femme. (Arrêt de la Cour de Paris du 24 mai 1808; autre de la Cour de Pau du 12 avril 1810; autre de la Cour de Turin du 17 juillet 1810.)

Un arrêt de la Cour d'Aix a aussi jugé que le mari pourrait employer contre sa femme la contrainte personnelle pour la faire conduire au domicile conjugal, non à l'effet d'y être privée de sa liberté, mais pour y jouir de ses droits et remplir ses devoirs d'épouse. L'arrêt est du 20 mars 1831.

La Cour de cassation a paru aussi, dans un cas particulier, approuver la voie de la contrainte personnelle.

Une femme, dont la demande en séparation de corps avait été rejetée, avait été plusieurs fois invitée par son mari à rentrer dans le domicile conjugal; elle s'y était refusée. Un jugement l'y avait condamnée sous peine de la saisie de ses revenus.

Elle refuse encore.

Enfin, le mari obtient de la Cour de Nancy un arrêt qui, en condamnant de nouveau la femme à rentrer dans le domicile marital, ordonne qu'elle y sera contrainte par tout huissier chargé de l'exécution, lequel pourra, au besoin, s'assister de la force publique.

Le pourvoi contre cette décision a été rejeté, par arrêt du 9 août 1826. L'arrêt déclare que l'emploi, dans ce cas, de la force publique légale qui ne fait qu'accompagner la femme pour la mettre en état de remplir ses devoirs et même de jouir de ses droits, toujours en pleine liberté, ne doit pas être confondu avec la contrainte par laquelle on prive la personne de sa liberté en l'emprisonnant.

L'arrêt ajoute qu'arrivée au domicile conjugal la liberté la plus complette doit être rendue à la femme (1).

Cet arrêt élude la difficulté au lieu de la résoudre.

(1) Journal de Sirey, 27 1. 88; et de Dalloz, 24. 1. 177.

Plusieurs Cours ont, au contraire, repoussé ce moyen d'exécution, notamment la Cour de Toulouse, par arrêt du 24 août 1818;

La Cour de Riom, par l'arrêt Mabru, et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 6 janvier 1829, par la chambre des requêtes qui décida que ce refus était compatible avec les idées de justice et de saine morale;

La Cour de Colmar, par arrêt du 1er juillet 1833; cette Cour est revenue alors contre sa première jurisprudence qu'avait manifestée un arrêt du 4 janvier 1817 (1);

La Cour de Toulouse jugea aussi, par l'arrêt du 24 août 1818, que la décence et l'honnêteté publique s'opposaient à ce qu'on permît au mari de saisir les vêtements de sa femme;

La Cour de Colmar déclara encore, par arrêt du 10 juillet 1833, que des dommages et intérêts ne peuvent être accordés au mari contre la femme qui refuse d'aller habiter la maison conjugale, et qu'il a seulement le droit de lui refuser des aliments ou de saisir ses revenus si elle est séparée de biens.

Ce dernier moyen avait déjà été autorisé par la Cour de Paris, le 22 prairial an 13; par la Cour de Riom, le 13 août 1810; par celle de Turin, le 17 juillet 1810.

Le refus d'aliments, lorsque le mari jouit des biens de la femme, et la saisie des revenus de celle-ci, lorsqu'elle les perçoit elle-même, sont, il semble, les seuls moyens que notre civilisation autorise et que la loi ne repousse pas formellement.

Quant à la contrainte par corps, elle est interdite par l'art. 4 de la Charte constitutionnelle et par l'art. 2063 du Code civil.

La contrainte personnelle doit aussi être refusée par les mêmes motifs. Car c'est une vraie contrainte par corps dont la durée seulement est momentanée.

(1) Voir ces arrêts dans le Journal de Dalloz jeune, t. 17. 2. 49; t. 23. 2. 23; t. 29. 1. 93; t. 34. 2. 105.

Cette contrainte, d'ailleurs, répugne à nos mœurs, à notre civilisation, aux égards qui sont dus à une épouse même dans ses erreurs. La violence est un mauvais moyen de la ramener.

Une telle contrainte serait, au reste, inefficace ; car si, lorsque l'épouse est arrivée au domicile conjugal, la liberté la plus complette doit lui être rendue, comme le déclare l'arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1826, ne pourra-t-elle pas fuir du domicile auquel on l'aura violemment conduite, et faudra-t-il tous les jours renouveler cette scène scandaleuse?

Etrange moyen que celui qui cause du scandale, qui accroît l'irritation, et qui, cependant, manque son but!

Duranton repousse cette mesure, mais il pense que des dommages et intérêts devraient être accordés au mari (1). Ce serait enrichir le mari aux dépens de la femme et exciter une spéculation peu honorable.

En admettant la saisie des revenus il faudrait que ces revenus fussent seulement arrêtés ou que le dépôt en fût ordonné soit à la caisse des consignations, soit dans toute autre caisse indiquée par la justice. Il serait peu moral que le mari, à moins qu'il n'eût des besoins, profitât lui-même de ces revenus, et qu'il s'enrichît ainsi aux dépens de son épouse.

Le Code prussien met au nombre des causes de divorce le refus de la femme de suivre le mari dans le nouveau domicile qu'il choisit. (V. les art. 670 et 671, n° 5, de ce Code.)

Le Code Napoléon ne précise pas cette cause; mais un tel refus, après plusieurs injonctions et après des jugements, ne pourrait-il pas être considéré, par son obstination, comme une injure grave, et autoriser parmi nous la séparation de corps qui est une peine pour celui des époux contre lequel elle est prononcée ?

(1) Droit civil français, t. 2, nos 439 et 440.

Cette séparation pourrait aussi être accordée à la femme contre le mari qui refuserait de la recevoir dans le domicile marital.

Section II.

De l'autorisation nécessaire à la femme pour ester en jugement et pour contracter.

SOMMAIRE.

926. *Nécessité de l'autorisation de la femme pour contracter ou pour ester en jugement.*
927. *Cette nécessité était restreinte aux biens dotaux dans l'ancien droit, quant aux pays où le droit écrit était observé.*
928. *Dans les autres provinces il fallait une autorisation expresse. Le concours du mari à l'acte ne suffisait pas.*
929. *Division de la section en quatre paragraphes.*

926. Dans les principes que nous avons développés on a dû remarquer que la puissance maritale dominait.

L'un des principaux effets de cette puissance, c'est la nécessité pour la femme d'être autorisée par son mari, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

Autrefois, cette nécessité n'était pas généralement admise en France.

927. Dans les provinces désignées sous le nom de pays de droit écrit, parce que les lois romaines en formaient les principales règles, l'autorisation du mari n'était exigée que relativement aux litiges ou aux contrats qui pouvaient intéresser les droits de celui-ci sur les biens de son épouse. Or, ces droits ne portaient que sur les biens dotaux, c'est-à-dire sur les biens que la femme s'était constitués, soit expressément, soit tacitement, par son contrat de mariage, et qui étaient par cela même placés sous l'administration du mari.

Les biens non donnés en dot au mari formaient pour elle une espèce de pécule dont elle pouvait disposer à son gré, indépendamment de l'autorité et du consentement de son mari.

Ces biens placés hors de la dot étaient appelés paraphe naux du mot grec παραφερνα qui signifie *extrà dotem*.

Les Gaulois les désignaient sous le nom de pécule (1).

En Auvergne où la législation romaine était observ dans le silence du statut municipal, la femme n'était au en la puissance du mari que pour ses biens dotaux. L'artic premier du chapitre 14 de la Coutume porte que, *quant a biens adventifs et paraphernaux, elle est réputée mère de famil et dame de ses droits.*

Des principes généraux sur le droit accordé à la femm de disposer à son gré de ses biens paraphernaux, il résulte autrefois qu'elle n'avait pas besoin de l'autorisation de s mari pour ester en jugement à raison de cette sorte de bien c'est aussi ce qu'avait jugé le Parlement de Paris, par u arrêt de février 1709 qui est rapporté au tome 2 d Journal des audiences, livre 9, p. 220.

Cependant la jurisprudence de la sénéchaussée d'Auverg exigeait cette autorisation.

On fera observer que le droit attribué par les lois romain aux femmes mariées, de disposer de leurs biens paraphe naux ne dérogeait pas à la règle établie par le Sénatu Consulte Velleyen, suivant lequel les femmes, qu'el fussent mariées, veuves ou filles, pouvaient faire annu les obligations contractées par elles comme cautions.

Cette règle protectrice de la faiblesse d'un sexe trop cile à émouvoir, n'était pas, au reste, observée dans ressort du Parlement de Paris. Elle avait été abrogée des édits d'août 1606 et d'avril 1664, que le Parlement Paris avait enregistrés.

928. Dans les pays coutumiers le droit commun était la femme ne pouvait contracter sans l'autorité et le conse tement exprès du mari.

(1) V. sur les biens paraphernaux, l. 9, § 2 et 3, ff. *de jure d* l. 8, C. *de part. cour.*; l. *ult.* ff. *de jure dot.* V. aussi les lois civiles Domat, liv. 1er, titre 9, *des Dots*, sect. 4.

La mention expresse de l'autorisation était même nécessaire. La simple présence du mari à l'acte n'aurait pas suffi (1).

Cette exigence était une subtilité que la loi nouvelle a rejetée, et que, même dans l'ancien droit, quelque coutumes n'admettaient pas; telles que celles de Bar, art. 170, de la Marche, 298, de Béarn, 13, de Saintonge, 74.

Mais dans aucune Coutume il n'était besoin d'exprimer l'autorisation pour les actes passés entre les deux époux.

Pour ester en jugement l'autorisation était aussi indispensable à la femme.

929. Le Code civil a tracé les règles relatives à l'autorisation dans les articles 215 et suivants, jusques et compris l'article 226.

Ces règles s'appliquent :

1° Aux actions judiciaires;

2° Aux contrats;

3° Aux formes de l'autorisation et aux moyens de suppléer au refus du mari d'autoriser sa femme, ou à son impossibilité;

4° Aux effets de l'autorisation et aux conséquences du défaut d'autorisation.

Nous les examinerons dans les quatre paragraphes suivants, en traitant aussi de leurs exceptions.

---

§ Ier.

De l'autorisation nécessaire à la femme pour ester en jugement.

SOMMAIRE.

930. *La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari.* (*Art.* 215, *Code civil.*)

(1) V. le Recueil de la jurisprudence de Rousseau-Lacombe, au mot *Autorisation*, sect. 2; et Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 6.

931. *Le motif unique de la règle est sa soumission légale à la puissance maritale.*

932. *Aucune circonstance de position ne peut l'en affranchir.*

933. *Si le mari est dans l'impossibilité de l'autoriser, l'autorisation du juge y supplée.*

934. *Une femme tutrice des enfants d'un premier lit ne peut agir en cette qualité sans autorisation.*

935. *Elle est nécessaire, même lorsqu'elle est poursuivie par saisie immobilière, et que le mari refuse de procéder avec elle, ou s'il est mineur?*

936. *Si alors elle forme une demande incidente, lui faut-il une autorisation* expresse *du mari ou de la justice?*

937. *Peut-elle être forclose pour n'avoir pas contredit dans un ordre si elle n'est pas autorisée?*

938. *Peut-elle être déclarée dans le même cas pour omission de produire?*

939. Quid *de la fille ou de la veuve qui se marie pendant une instance?*

940. *Sur un pourvoi en cassation une nouvelle autorisation est-elle nécessaire?*

941. *Ces règles s'appliquent même aux instances commencées sous les lois antérieures au Code.*

942. *L'autorisation n'est pas nécessaire à la femme* DÉFENDERESSE *au criminel ou à la police.* (*Art.* 216.)

930. Cette autorisation est prescrite par l'article 215, ainsi conçu :

Art. 215. « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune ou séparée de biens. »

931. Cette disposition n'a pas pour cause la faiblesse du sexe auquel la femme appartient. Les filles et les veuves partagent cette faiblesse, et cependant elles ne sont pas soumises à une règle semblable.

Elle est aussi étrangère au caractère légal que peuvent avoir les biens de la femme; que ces biens soient dotaux ou paraphernaux, que le mari en ait ou n'en ait pas l'administration, le devoir de la femme est le même, l'autorisation du mari est également nécessaire.

Elle n'a pas aussi pour base principale les conventions matrimoniales. Quelles que soient ces conventions, que la femme soit commune en biens ou séparée, elle doit être autorisée par le mari pour ester en justice ou pour contracter, comme nous le verrons dans l'article suivant.

La femme même séparée de corps est soumise à cette obligation quoique les nœuds du mariage aient été sinon rompus au moins relâchés.

La marchande publique y est aussi astreinte pour paraître en jugement.

Quelle est dont la base de la règle? Cette base est l'*obéissance* due par la femme au mari, cette obéissance qui lui est prescrite par l'article 213.

L'autorisation est exigée comme caractérisant la suprématie légale du mari, et comme acte de soumission de la femme, plutôt que comme acte de protection du mari.

Quelques Cours d'appel voulaient la réduire à cette dernière condition, et ne considérer que l'intérêt matériel de la femme ou celui du mari.

« On ne voit pas, disait la Cour de Montpellier, pourquoi l'autorisation et le consentement du mari seraient nécessaires, même dans le cas où la femme est libre dans ses biens, les droits n'étant pas alors réciproques entr'elle et son mari.

» La séparation de biens prononcée en justice étant essentiellement fondée sur l'inconduite et la mauvaise administration du mari, disait la Cour de Bruxelles, ne serait-il pas plus simple de rendre à la femme l'exercice de tous les droits qui concernent ses biens, sans recours à l'assistance de son mari, soit pour ester en jugement, soit pour contracter? On préviendrait ainsi des formalités qui sont souvent des sujets de discussion entre les époux, et qui entraînent toujours des frais (1).

(1) Locré, Esprit du Code civil sur l'article 215.

Ces raisons eussent été exactes si des considérations d'intérêt matériel, d'intérêt privé eussent dicté la règle.

932. Mais leurs auteurs avaient oublié que le principe était fondé sur un intérêt d'un ordre plus élevé, sur l'intérêt moral, sur l'intérêt public qui avait créé la puissance maritale, et qui ne pouvait permettre que le respect dû à cette puissance fût affaibli par les circonstances particulières de la position respective du mari et de la femme.

Ainsi, la séparation, même de corps, ne dispense, ni la femme ni les tiers qui agissent contr'elle, de l'obligation de demander l'autorisation du mari ou à son défaut celle de la justice. Tout jugement rendu contre la femme est nul si cette formalité d'ordre public a été omise (1).

Pourquoi ?

Parce que la séparation de corps n'affranchit pas la femme de la puissance maritale, quoiqu'elle en affaiblisse les effets.

Ainsi par sa faillite le mari ne perd pas le droit d'autoriser sa femme (2).

933. L'absence du mari, son interdiction, sa minorité ne détruisent pas la puissance maritale, n'en suspendent même pas les effets; et si elles empêchent le mari d'exprimer personnellement une volonté et de donner lui-même son autorisation, le juge est appelé à y suppléer; et pour obtenir cette autorisation qui lui est indispensable, la femme doit s'adresser au tribunal de son domicile comme nous le verrons dans le paragraphe 3. Cette obligation légale est un hommage rendu à la puissance maritale, sous laquelle malgré l'incapacité du mari elle est toujours placée.

La nécessité de l'autorisation est impérieuse, absolue que la femme soit demanderesse ou défenderesse.

Même pour agir contre son mari la femme a besoin d'autorisation (Arrêt de la Cour de Bordeaux, du 18 mars 1828)

(1) Arrêt du 6 mars 1827, Cour de cassation, Dalloz, t. 27. 1. 167.
(2) Arrêt de la Cour de Bordeaux, du 18 mars 1828; D., 28. 2. 125

934. Elle en a besoin aussi lorsqu'elle agit comme tutrice des enfants d'un premier mariage. Car sa qualité d'épouse subissant toujours et étant réunie dans sa personne avec celle de tutrice, elle doit remplir les devoirs que lui impose chaque titre, et ne peut, par conséquent, paraître en justice sans l'autorisation de son mari, ou à son refus celle de la justice. (Arrêt de la Cour de Grenoble, du 17 août 1831.)

D'ailleurs son action, si elle est imprudemment intentée, peut compromettre ses biens personnels, et par conséquent ceux soumis à l'administration maritale (1).

935. On pourrait argumenter aussi des dispositions générales de l'article 215 pour soutenir que si une femme mariée est poursuivie en expropriation le poursuivant doit la faire autoriser par le juge à se défendre, au moins avant l'adjudication préparatoire. Car cette adjudication est un jugement où est partie la femme comme saisie. Or, l'article cité ne lui permet pas d'ester en jugement sans être autorisée.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 4 août 1829, paraît l'avoir ainsi préjugé en décidant que la femme n'a pas besoin d'être autorisée pour les procédures antérieures à l'adjudication préparatoire.

Cependant ce préjugé n'est qu'indirect et ne peut avoir la force d'une décision formelle. Depuis, la question s'est présentée en thèse à la Cour d'Amiens d'abord, à la Cour de cassation ensuite sur un pourvoi. Et ces deux Cours ont résolu la question dans un sens opposé au préjugé qui résulterait de l'arrêt de Bordeaux.

La Cour d'Amiens considère « que la poursuite en expropriation ne constitue pas une instance judiciaire ; qu'elle n'a, en effet, aucun litige pour objet et qu'elle n'est que l'exécution forcée, et accomplie sous l'autorité de la justice,

(1) V. cet arrêt et le précédent dans le Journal de Dalloz jeune, t. 28. 2. 135; et t. 32. 2. 47.

d'un titre valablement souscrit par le débiteur ou régulièrement obtenu contre lui; qu'il n'est donc pas nécessaire, quand elle est dirigée contre une femme, que celle-ci soit autorisée par son mari.

« Qu'aux termes de l'article 2208 du Code civil, il suffit, dans ce cas, que l'expropriation soit poursuivie contre le mari et la femme. »

Ces considérants, sauf le dernier, peuvent paraître hasardés. Une saisie immobilière est réellement une instance judiciaire. Les adjudications préparatoire et définitive sont de vrais jugements. Cela est si vrai que souvent des incidents s'élèvent dans le cours de la saisie; que des décisions sont nécessaires pour les applanir, et que la femme dont les biens sont saisis y est nécessairement partie.

Comment, d'ailleurs, ne pas attribuer le caractère de jugement à des actes judiciaires qui, comme les adjudications préparatoires et définitives, dépouillent la femme de sa propriété?

La Cour de cassation en rejetant le pourvoi a été plus réservée dans ses motifs. Elle s'est restreinte aux dispositions de l'art. 2208 dont les termes paraissent avoir modifié, pour ce cas, la règle écrite dans l'art. 215, et suivant lequel « l'expropriation des immeubles de la femme, qui » ne sont point entrés en communauté, se poursuit contre le » mari et la femme, laquelle, *au refus du mari de procéder* » *avec elle*, ou si le mari *est mineur*, peut être autorisée en » justice. »

Il semble donc que l'autorisation de la justice n'est pas nécessaire si le mari est majeur et s'il n'exprime pas son refus de procéder avec la femme.

La Cour de cassation déclare qu'il résulte des termes de l'article « que pour la validité de la poursuite le créancier » poursuivant doit faire notifier au mari et à la femme tous » les actes qui s'y rapportent; mais que le créancier, lors- » qu'il s'est ainsi conformé à la loi, ne peut être responsable

» ni du défaut de comparution du mari à la poursuite ni du » défaut d'autorisation de la femme (1).

936. Si dans le cours des poursuites la femme formait une demande incidente sans le concours et la présence de son mari, l'autorisation de la justice serait nécessaire. (Arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1828; Journal de Sirey, t. 29. 1. 210.)

L'autorisation de la justice devrait être aussi nécessaire, même sans incident, si le mari était interdit ou absent. (Article 222 du Code.)

937. Les dispositions de l'art. 215 doivent faire décider que la femme mariée qui a comparu dans un ordre judiciaire ne peut encourir de déchéance si elle n'a pas été autorisée par son mari ou par la justice. Ainsi, à défaut d'autorisation préalable, elle ne pourra être déclarée forclose pour n'avoir pas contredit l'état de collocation provisoire dans le mois fixé par les articles 755 et 756 du Code de procédure. C'est ce qu'a jugé en thèse la Cour de cassation par un arrêt du 21 avril 1828 (2).

Cette décision est légale. Car un ordre est une instance; et l'ordonnance de forclusion, quoique rendue par un seul juge dans le cas prévu par le Code de procédure, est un vrai jugement; en sorte que la règle écrite dans l'art. 215 du Code civil est littéralement applicable à ce cas.

938. La Cour de Toulouse est allée plus loin par un arrêt du 19 mars 1833; elle a décidé qu'une femme mariée, sommée de produire dans un ordre, devait être autorisée par son mari ou par la justice, à la demande du poursuivant de l'ordre, avant l'expiration du délai pour produire, sinon aucune déchéance ne pouvait être valablement prononcée contre elle.

(1) V. l'arrêt de la Cour de Bordeaux dans le Journal de Sirey, t. 30. 2. 86; celui de la Cour d'Amiens dans le même Journal, t. 39. 2. 258; celui de la Cour de cassation, même Journal, t. 39. 1. 948.

(2) Journal de Dalloz jeune, t. 28. 1. 221.

Cette décision qu'elle a fondée sur l'art. 217 du Code civil ne paraît pas exacte.

L'art. 217 dit, il est vrai, que la femme mariée ne peut aliéner sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit; et l'on peut considérer jusqu'à un certain point le défaut de production de la femme et la forclusion qui en est la conséquence comme une sorte d'aliénation.

Mais ici il n'y pas d'acte émané d'elle. Il y a seulement omission ou négligence de ses droits. Or, cette omission, quels qu'en soient les effets, ne peut être assimilée à un acte formel et littéral par lequel elle aurait, sans autorisation, renoncé à ses droits comme créancière.

L'art. 217 n'est pas plus applicable à ce cas qu'il ne le serait à celui d'une femme qui, sur la dénonciation qui lui aurait été faite de la vente d'un immeuble de son mari, aurait négligé d'inscrire son hypothèque légale. Il y a évidemment analogie entre cette négligence et celle de produire à un ordre; l'une et l'autre entraînent la perte de la créance; pour l'une comme pour l'autre on peut dire qu'il y a abandon tacite des droits de la créancière; et cependant cet abandon ne peut être réparé, si faute d'inscription l'hypothèque légale a été purgée; pourquoi pourrait-il l'être dans le cas où la production à l'ordre n'a pas eu lieu? *Vigilantibus non negligentibus jura subveniunt.*

L'article 215 ne peut aussi être invoqué dans un tel cas. Car la femme, qui n'a pas comparu à l'ordre, n'est pas partie dans l'instance. Il n'y a pas de jugement rendu contre elle. C'est la loi qui, sans décision judiciaire, la déclare forclose. Le poursuivant ne peut être tenu de la faire autoriser en justice puisqu'elle n'est pas en cause. Il doit présumer, d'ailleurs, qu'elle n'est pas créancière par cela seul qu'elle n'a pas comparu, et que l'inscription prise sous son nom était sans base réelle ou qu'il y a eu acquittement de la dette.

Mais si la femme, même après la déchéance acquise contre

elle, intervenait dans l'ordre et y élevait un incident pour se faire relever de la déchéance, cet incident ne pourrait être régulièrement jugé sans qu'elle fût préalablement autorisée par son mari ou par la justice.

939. Le changement d'état d'une fille ou d'une veuve, qui se marie pendant une instance, exige qu'elle soit autorisée avant le jugement pour que ce jugement soit valable. Cette vérité est la conséquence du texe de l'art. 215 qui ne dit pas seulement que la femme mariée ne poura introduire une action ou y défendre sans autorisation, mais d'après lequel, sans cette autorisation, elle ne peut *ester* en jugement si elle est mariée (1).

Mais si le changement d'état de la femme n'est pas notifié à la partie avec laquelle elle plaide, cette partie n'est pas légalement présumée le connaître. Les procédures continuées comme précédemment sont régulières. Le jugement ou l'arrêt obtenu est valable, et le mari qui n'est pas intervenu dans l'instance ne peut s'en plaindre. (Arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1812; Journal de Denevers, 13. 1. 221.) (Code de procédure, art. 345; Duranton, *eod*).

L'autorisation sera aussi inutile si l'affaire est en état au moment du mariage de la fille et de la veuve. (V. les art. 342 et 343 du Code de procédure.)

Cette dernière observation s'applique seulement au jugement qu'est sur le point de rendre le tribunal saisi de la cause au moment où le changement d'état survient.

Mais s'il y a appel, s'il y a pourvoi en cassation, l'autorisation du mari ou celle de la justice sont indispensables, quoique le changement d'état n'ait pas été notifié; car l'appel et le pourvoi sont deux instances nouvelles. L'appelant contre la femme et le demandeur en cassation doivent notifier l'appel ou l'arrêt d'admission au mari comme à la femme, parce qu'ils doivent s'informer s'il y a eu changement d'état et

(1) Pothier, *Puissance maritale*, n° 55; Malleville, Analyse du Code civil, 1. 226; Vazeilles, 2. 302; Duranton, 457.

qu'il ne leur est pas permis de l'ignorer, *nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit* (1).

940. Dans tous les cas, même lorsqu'il y a pourvoi en cassation, quoiqu'il n'y ait pas eu de changement d'état et que la femme ait procédé en première instance et en appel avec l'autorisation de son mari, une nouvelle autorisation est nécessaire pour procéder devant la Cour de cassation, parce que le pourvoi constitue une nouvelle instance. (Arrêt de la Cour de cassation du 14 juillet 1819; D., t. 19. 1. 433.)

Mais pour la validité du pourvoi il suffit que le mari soit appelé en cause et assigné pour autoriser dans les trois mois de l'arrêt d'admission contre la femme, quoique celle-ci ait été assignée elle-même par un exploit antérieur. (Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 5 avril 1812. L'arrêt est rapporté par Sirey, t. 13. 1. 8.)

Il y a même raison de le décider ainsi pour un appel qui serait d'abord interjeté contre la femme seule, mais qui, avant l'expiration du délai fatal, aurait été signifié au mari pour assister et autoriser sa femme.

Dans les cas ordinaires, lorsqu'il y a appel contre la femme mariée, il est toujours indispensable que le mari soit assigné devant la Cour pour l'autoriser, et que, s'il refuse l'autorisation ou s'il ne comparaît pas, elle soit obtenue de la justice.

Mais si c'est la femme qui interjette appel, elle doit être assistée ou autorisée dans l'exploit par son mari quoiqu'elle l'ait été déjà en première instance. Cette autorisation première n'est point censé donnée *in omnem causam*.

Il en serait de même si en première instance l'autorisation avait été donnée par le juge. Une nouvelle autorisation

(1) Arrêts de cassation des 7 octobre 1811 et 7 août 1815; Denevers, 11. 1. 481; et 17. 1. 515. 532; Duranton, *ibid.*, n° 460; autre arrêt de la Cour de cassation du 14 juillet 1819; Sirey, 19. 1. 407.

serait nécessaire pour former appel, soit que la femme eût été demanderesse ou défenderesse.

La Cour de cassation a jugé plusieurs fois que l'autorisation donnée à la femme d'ester en justice ne lui donnait pas le droit de poursuivre le procès devant toutes les juridictions, par exemple, d'interjeter appel, et qu'une nouvelle autorisation lui était nécessaire. (Arrêt du 25 mars 1812; autre du 12 février 1828, D., 12. 1. 326 et 350, et 28 février 1828, D., 28. 1. 127; autres deux arrêts du 25 août 1840, S., t. 40. 1. 7. 69; voir aussi un arrêt de la Cour d'Aix, du 3 mai 1827, et un autre de la Cour de Nîmes du 16 janvier 1832, S., 28. 2. 346, et 32. 2. 61.)

La Cour de Montpellier a décidé, au contraire, le 1er mars 1825, que l'autorisation spéciale, donnée par le mari à la femme, de poursuivre son action, s'étendait à toutes les suites de l'instance introduite, et qu'en conséquence, la femme ainsi autorisée ne pouvait demander la nullité d'un acte d'appel signifié à elle seule.

La Cour de Bourges a jugé, le 17 novembre 1829, que la femme autorisée par son mari en première instance avait pu interjeter appel sans nouvelle autorisation (1).

L'opinion de la Cour de cassation est plus conforme à la loi; Duranton l'adopte en se motivant sur ce que l'appel et le pourvoi en cassation sont deux instances nouvelles. (Duranton, t. 2, n° 459.)

On peut argumenter dans ce sens par analogie de loi du 22 juillet 1837 sur l'administration municipale, dont l'art. 49 exige que la commune, après tout jugement intervenu, obtienne une autorisation nouvelle du conseil de préfecture pour se pourvoir devant un autre degré de juridiction.

Au reste, les termes de l'autorisation doivent influer sur la solution de la difficulté. — Voir un arrêt de la Cour de Poitiers, du 21 mars 1827; S., 28. 2. 22.

(1) V. ces arrêts dans le Journal de Dalloz, 25. 2. 190, 30. 2. 81.

Nous verrons au paragraphe 4 de cette section la conséquence du défaut d'autorisation dans les cas d'appel par la femme elle-même.

941. Tout ce que nous avons dit dans ce paragraphe s'applique aux instances introduites avant le Code civil sous une législation qui, relativement aux biens paraphernaux de la femme mariée, n'exigeait pas qu'elle fût autorisée par son mari. Car la loi nouvelle, qui a prescrit cette autorisation, est un statut personnel qui a saisi, dès sa publication, la femme mariée, et qui, sans affaiblir sa capacité quant à la disposition de ses biens, lui a imposé un devoir de soumission et de déférence auquel il ne lui est pas permis de se soustraire. (Arrêt de la Cour de Turin, du 20 messidor an 13; Dalloz, 2. 710, n° 2; et Sirey, 7. 2, 790 (1).

942. La loi n'admet qu'une seule exception à la nécessité de l'autorisation de la femme qui est dans le cas d'ester en jugement. Cette exception est écrite dans l'article 216, ainsi conçu :

rt. 216. « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. »

« Alors, dit Portalis, l'autorité du mari disparaît devant celle de la loi, et la nécessité de la défense naturelle » dispense la femme de toute formalité (2). »

Locré, dans son Esprit du Code civil, fait observer avec justesse sur cet article « que la disposition n'est que pour la » femme accusée; elle laisse sous la règle commune la » femme qui veut poursuivre parce qu'il n'y a pas néces- » sité d'accuser. »

C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de cassation, du 1er juil-

(1) V. sur la distinction des Statuts réels et personnels et sur leurs effets, les Traités de Froland et de Boullenois.

(2) Exposé des motifs. V. la Législation civile de Locré, t. 4, commentaire 9, n° 64.

let 1808, rapporté par Sirey, t. 8. 1. 528; et par Denevers, t. 6. 1. 441.

L'exception aurait pu, il semble, être retranchée sans beaucoup d'inconvénient. Il aurait été facile à celui qui aurait poursuivi la femme en matière criminelle ou de police, d'assigner aussi le mari pour l'assister et l'autoriser. La présence du mari dans l'instance eût été protectrice et par conséquent utile à la femme; peut-être cependant l'exigence de cette autorisation eût-elle embarrassé la marche de l'action publique qui doit être facile et rapide.

Quoi qu'il en soit de l'exception posée dans l'art. 216, on a voulu, et la Cour de cassation, section civile, a jugé qu'une femme dénonciatrice que l'accusé attaque pour calomnie, et contre laquelle il réclame des dommages et intérêts, peut être condamnée même par corps, sans que son mari soit assigné pour l'autoriser dans sa défense. Cependant l'action en dommages-intérêts pour calomnie est une action civile; mais la calomnie est un délit (V. Code pénal, art. 367, et loi du 17 mai 1819, art. 13 et suivants. L'arrêt est du 31 mai 1816, il est rapporté par Sirey, t. 16. 1. 271.)

En disant que l'autorisation du mari n'est pas nécessaire à la femme poursuivie en matière de police, l'article 216 a entendu parler des deux espèces d'actions de police : la police simple et la police correctionnelle. Les procès-verbaux de la rédaction nous apprennent, en effet, que la Commission qui a présenté l'article avait ajouté le mot *correctionnelle* au mot *police*, mais que cette épithète qui restreignait les dispositions fut retranchée sur la demande de la Cour de cassation et sur celle de la Cour d'appel d'Amiens. En police simple comme en police correctionnelle, disait la Cour de cassation, il y a même raison d'admettre la femme à ester en jugement sans l'assistance du mari (1).

(1) V. le résumé de ces observations dans l'Esprit du Code civil sur l'art. 216.

§ II.

De l'autorisation nécessaire à la femme pour contracter.

SOMMAIRE.

943. *Toute femme mariée a besoin d'autorisation pour aliéner directement ou indirectement, et pour acquérir même à titre gratuit.* (*Art.* 217.)

944. *La règle a été empruntée de la Coutume de Paris et de l'ordonnance de* 1731.

945. *L'autorisation est nécessaire pour accepter une succession.*

946. *Même pour donner à ses enfants pour leur établissement.*

947. *Même pour accepter une exécution testamentaire, et pour toute espèce d'obligation.*

948. *Même pour acquiescer à une demande ou s'en désister.*

949. *Mais non pour prêter un serment décisoire.*

950. *Distinction entre les statuts personnels et réels, et exemples d'application, notamment à une étrangère.*

951. *Une femme peut-elle contracter avec son mari sans autorisation expresse ?*

952. Quid *si le contrat intéresse des tiers, quoique fait dans l'intérêt du mari?*

953. Quid *s'il s'applique au mari seul ?*

954. *La femme ne peut sans y être autorisée par la justice se désister d'une demande en séparation.*

955. *La femme séparée de biens ou dont les biens sont paraphernaux, peut-elle obliger, sans l'autorisation de son mari, ses capitaux mobiliers et les revenus de ses immeubles ? — Controverse. — Arrêts contraires*

956. *Sur cette question à distinguer le cas de la dot mobilière soumise au régime dotal des autres cas.*

957. *Sous le régime de la communauté la femme séparée peut disposer de son mobilier sans autorisation.*

958. *Il en est de même sous le régime dotal du mobilier paraphernal.*

959. *Sous le régime dotal, la femme séparée peut recevoir, sans autorisation, sa dot mobilière, mais elle ne peut l'aliéner.*

960. *Sous tous les régimes, la femme peut sans autorisation faire tous actes conservatoires.*

961. *La femme marchande publique n'en a pas besoin pour les faits de son négoce.*

962. *Conditions nécessaires pour que la femme soit marchande.*
963. *Oblige-t-elle son mari par son commerce?*
964. *Autres cas où la femme non autorisée oblige le mari.*
965. *Des quasi-contrats l'oblige-t-ils et obligent-ils son mari?*
966. Quid *des délits et quasi-délits?*
967. *La femme peut-elle tester sans autorisation?*
968. *Coutumes où elle ne le pouvait pas.* — Quid *d'un testament fait sous ces Coutumes par une femme décédée sous le Code civil?*
969. Quid *d'une femme mariée sous ces Coutumes prohibitives, et qui testerait sous le Code?*
970. *Peut-elle révoquer sans autorisation son testament?*
971. Quid *des donations par elle faites au mari?*
972. *La femme mandataire sans autorisation s'oblige-t-elle?*

943. La règle sur la nécessité de l'autorisation est écrite dans l'article 217 du Code civil; en voici le texte :

« La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. » Art. 217.

944. Ce texte a été pris, presque littéralement, dans l'article 223 de la Coutume de Paris.

« Femme mariée, disait cet article, ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses héritages, sans l'autorité et consentement exprès du mari, et si elle fait aucun contrat, sans l'autorité et consentement de son mari, tel contrat est nul, tant pour le regard d'elle que de son mari, et n'en peut être poursuivie, ni ses héritiers, après décès de sondit mari. »

Cependant, la Coutume de Paris, comparée à l'art. 217, présente un point très remarquable de différence. L'art. 234 de cette Coutume excepte de la prohibition la femme séparée; « Une femme mariée, dit cet article, ne peut s'obliger sans le consentement de son mari, *si elle n'est séparée par effet*, ou marchande publique. »

Le Code civil ne fait pas cette distinction, il soumet à la nécessité de l'autorisation, toute femme mariée, et même celle qui est séparée, soit de corps, soit de biens.

On fera cependant observer que sous la Coutume de Paris, la faculté de s'obliger sans autorisation ne s'entendait que des obligations que la femme contractait dans son intérêt personnel et jusqu'à concurrence seulement de son mobilier. (Arrêt du 29 décembre 1817, Cour de cas., S., 18. 1. 229.)

La loi nouvelle n'emploie pas comme la Coutume de Paris, le mot *contrat*, pour annuler toute obligation contractée par la femme non autorisée.

La Cour de cassation voulait que l'incapacité de s'obliger fût exprimée.

Celle de Liége trouvait l'article 217 incomplet, et demandait que l'on interdît textuellement à la femme la faculté de contracter sans être autorisée.

« Cette surabondance de précautions parut inutile; tout contrat tend plus ou moins directement à aliéner ou à acquérir, comme toute obligation tend à aliéner; ainsi, défendre à la femme d'aliéner et d'acquérir à titre onéreux ou gratuit sans autorisation, c'était lui défendre de s'obliger et de contracter (1). »

L'incapacité d'hypothéquer avait été omise par la Commission. Elle fut ajoutée sur la demande de la Cour de cassation.

Celle d'acquérir à titre onéreux ou gratuit avait été aussi oubliée.

Sur des observations faites au Conseil d'État, elle fut aussi interdite à la femme non autorisée, tant à cause du principe général que par les considérations suivantes, savoir :

Les acquisitions à titre onéreux, 1° parce qu'elle aliénerait un capital ou qu'elle s'obligerait;

2° Parce qu'elles permettraient à la femme d'accepter à l'insu de son mari une donation pécuniaire qui lui servirait à acheter.

(1) Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 217.

Les acquisitions à titre gratuit, parce que dans l'intérêt des mœurs il est utile que le mari connaisse les motifs des donations entre-vifs ou testamentaires faites à la femme (1).

Ces observations indiquent avec quelle scrupuleuse attention les lois étaient alors méditées.

La disposition sur les acquisitions à titre onéreux a de l'analogie avec la loi *Quintus mutus*, suivant laquelle les acquisitions, faites par la femme et dont la source n'était pas connue, étaient réputées provenir du mari, *evitandi turpis quæstus gratiâ circa uxorem ;* aussi le mari en était-il maître. L. 56, ff. *de don. inter virum et uxorem.*

Mais cette loi ne s'appliquait qu'aux femmes dont tous les biens étaient dotaux,

La disposition relative aux acquisitions à titre gratuit a été empruntée de l'article 9 de l'ordonnance de février 1731, sur les donations, qui déclarait que « les femmes mariées, » même celles qui ne seraient communes en biens ou qui » qui auraient été séparées par sentence ou par arrêt, ne » pourraient accepter aucune donation entre-vifs, sans être » autorisées par leurs maris ou par justice. »

Cet article exceptait de la prohibition *les donations qui seraient faites à la femme pour lui tenir lieu de bien paraphernal dans les pays où les femmes pouvaient avoir des biens de cette qualité.*

La nouvelle règle est plus générale.

L'ensemble de l'article 217 est fondé, non-seulement sur le devoir d'obéissance imposé à la femme par le mariage, mais encore sur l'obligation qui lui est prescrite de contribuer aux charges du mariage quelle que soit la qualité de ses biens, et qu'il existe ou non une communauté entre les époux. (Code civil, art. 1537 et 1575.)

Comme chef de la société conjugale, comme chargé lui-

(1) Locré, *loco citato.*

même de pourvoir aux besoins de l'association et de la famille, il doit aussi pourvoir à ce que les obligations de la femme soient fidèlement remplies; il doit donc avoir sur les engagements de celle-ci un droit de surveillance qui l'autorise à empêcher que par des aliénations indiscrètes elle ne tarisse la source de ses revenus et ne se prive des moyens de contribuer aux dépenses du ménage. (Esprit du Code civil sur l'art. 217.)

945. La nécessité de l'autorisation de la femme, déclarée dans l'article 217 comme règle générale pour toute espèce d'acte dont l'effet est pour elle d'acquérir ou d'aliéner, est rappelée aussi comme règle spéciale dans plusieurs autres articles, soit du Code civil, soit d'autres lois.

Ainsi, une femme mariée ne peut valablement accepter une succession sans l'autorisation de son mari ou de la justice. (Code civil, art. 776.)

Elle doit également être autorisée pour y renoncer. Car en acceptant elle acquiert, et en renonçant elle aliène.

Cette autorisation lui est aussi nécessaire pour accepter une donation. (Même Code, art. 934.)

Mais elle n'en a pas besoin pour requérir la transcription de la donation qui lui a été faite, parce que la transcription n'est pas un acte d'acquisition, mais seulement un acte de conservation. (Code civil, art. 940 et 942.)

946. Mais l'autorisation lui est indispensable si elle veut donner même à ses enfants pour leur établissement. (Code civil, art. 905 et 1555.)

947. Elle en a besoin pour accepter une exécution testamentaire. (Code civil, art. 1029.)

Pour aliéner ses immeubles, quoique séparée de corps et de biens, et quoique ses biens soient paraphernaux. (Code civil, art. 1449, 1535, 1538, 1576.)

En un mot, pour toute espèce d'acte ou de contrat qui constitue une obligation en sa faveur ou contr'elle.

Et la règle est tellement impérieuse, tellement considérée

comme inhérente à l'ordre public qu'il n'est permis d'y déroger dans aucun cas ni à la faveur d'aucune stipulation, pas même par contrat de mariage, et qu'une autorisation spéciale pour chaque acte d'aliénation ou d'obligation est exigée. Car la loi déclare nulle toute autorisation générale donnée par le mari à la femme, même dans leur contrat de mariage, tant le législateur a montré de sollicitude pour le maintien de la puissance maritale. (V. les articles 1388 et 1538 du Code civil.)

Nous reviendrons dans le troisième paragraphe sur le mode de l'autorisation.

948. Il faut une autorisation à la femme soit pour acquiescer à la demande formée contre elle, soit pour se désister de celle qu'elle aurait elle-même intentée. Car dans l'un et dans l'autre cas un contrat intervient entre les deux parties. L'autorisation même doit être nouvelle et spéciale. Celle déjà obtenue pour ester en jugement ne suffirait pas.

949. La Cour d'Angers a jugé, le 28 janvier 1825, que, quoique autorisée par son mari à ester en jugement, la femme ne pouvait sans une autorisation spéciale prêter le serment décisoire. (Dalloz jeune, 25. 2. 143.)

Cette décision est, il semble, erronée. Le serment décisoire n'est autre chose que l'attestation solennelle d'un fait. Or quelle influence peut avoir l'autorisation du mari sur la vérité du fait attesté et d'un fait qu'il peut même ignorer? Par le serment décisoire la femme acquiert, il est vrai, un droit ou évite une perte, puisque le succès de la demande ou de la défense dépend de ce serment. Mais l'autorisation d'ester en jugement renferme nécessairement celle d'user des moyens que le fait et le droit peuvent offrir à la femme autorisée. D'ailleurs la justice qui reçoit le serment l'autorise par cela même suffisamment à le prêter.

950. Pour contracter comme pour ester en jugement, l'autorisation est nécessaire même aux femmes mariées sous l'empire d'une législation qui les en dispensait. Car, comme

nous l'avons déjà fait observer, la règle est un statut personnel qui a dû s'observer dès l'instant de son émission et qui a modifié la capacité de la femme mariée.

On sait qu'un statut est personnel lorsqu'il règle principalement la capacité ou l'incapacité des personnes, et qu'il est réel lorsqu'il a pour objet principal la disposition d'une espèce particulière de biens.

Les lois de la première classe ont un effet immédiat et s'appliquent à tous les actes, à tous les contrats que font ces personnes depuis leur publication.

Celles de la seconde classe, au contraire, laissent subsister dans toute leur force les facultés ou les prohibitions relatives à la disposition des biens qui résulteraient des conventions antérieures combinées avec la législation sous l'empire de laquelle ces conventions avaient été faites (1).

Ainsi, une femme mariée sous la loi ancienne n'était pas autrefois, d'une manière générale et absolue, sous la puissance maritale. Dame et maîtresse de ses droits dans certains cas, notamment quant à ses biens paraphernaux, elle pouvait en disposer à son gré sans le consentement de son mari, tandis qu'aujourd'hui la loi nouvelle ayant modifié sa condition personnelle, elle est soumise à la puissance maritale même pour les contrats qui ont trait à ses biens paraphernaux; et s'il ne lui est pas interdit d'en disposer, elle ne peut au moins le faire sans obtenir le consentement de son mari ou, pour y suppléer, l'autorisation de la justice. (Arrêt de cassation du 3 janvier 1832; S., 32. 1. 317.)

Ainsi, au contraire, une femme mariée sous l'empire de la Coutume d'Auvergne ne pourrait aujourd'hui disposer de ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfants, si son mari avait des ressources suffisantes pour fournir à cet établissement; et même n'en eût-il pas, elles ne pourrait en

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1825; S., 25. 1. 223; D., 25. 1. 311.

disposer que pour le mariage de ses filles ou de leurs descendants, non pour celui de ses enfants mâles, et seulement encore jusqu'à concurrence du quart de la valeur de ses biens dotaux.

L'article 4 du chapitre 14 de la Coutume citée lui interdirait encore aujourd'hui toute autre disposition, parce que le statut, étant réel quant à la disposition, n'a pu être modifié par les art. 1555 et 1556 du Code civil. (V. l'art. 2 du Code civil et un arrêt de la Cour de Riom, du 4 juin 1817, cause Vedrines.)

Ainsi, pour emprunter encore un exemple à cette ancienne Coutume, une femme, soumise à ses principes par son contrat de mariage antérieur au Code, ne pourrait aujourd'hui cautionner son mari même aux dépens de ses biens paraphernaux; plusieurs articles de la loi ancienne lui interdisant une telle disposition de ses biens, et cette loi ancienne régissant ses biens de toute qualité pendant la durée entière du mariage. (Ainsi jugé par arrêt de la Cour de Riom, et par un arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 1834, qui rejette le pourvoi formé contre celui de Riom du 2 janvier 1833. Voir aussi les articles 16 du chapitre 12, 9 et 46 du chapitre 14 de la Coutume d'Auvergne.)

Ces distinctions ont pour base unique la différence du caractère des lois; les unes qui, comme loi réglementaires de l'état des hommes saisissant sur-le-champ les personnes, peuvent, sans rétroactivité, apporter pour l'avenir quelque changement dans la condition et dans la capacité personnelle des femmes mariées; les autres qui, comme lois d'intérêt matériel seulement, ne peuvent exercer une influence rétrograde sur des biens dont la qualité et la libre disposition avaient été déterminées par des conventions antérieures.

Par une conséquence de cette distinction, si des époux étrangers se faisaient naturaliser en France, l'épouse, dès l'instant où elles deviendrait Française, serait soumise à la puissance maritale et à l'obligation d'obtenir le consente-

ment de son mari ou l'autorisation de la justice pour contracter, quelle que fût, d'ailleurs, la législation du lieu où elle serait née et de celui où elle se serait mariée.

Au contraire, une femme étrangère résidant en France, mais non naturalisée, peut s'obliger sans autorisation si les lois de son pays le lui permettent (Arrêts de la Cour de Bruxelles, du 23 février 1808; Sirey, 10. 2. 489.)

951. La femme qui contracte avec son mari a-t-elle besoin d'autorisation expresse, et faut-il que cette autorisation émane de la justice, lorsque le contrat est passé dans l'intérêt du mari?

L'autorisation expresse ne serait pas nécessaire d'après les termes même de l'article 217 qui exige seulement le concours du mari dans l'acte, ce concours équivalant évidemment à une autorisation.

Mais si le contrat est fait dans l'intérêt du mari, il semblerait plus régulier que l'autorisation protectrice de la justice fût exigée pour la femme. Ce serait un moyen assuré de la garantir des dangers de l'influence maritale, et quelquefois même de ceux d'une violence physique ou morale.

Cependant la loi est muette sur ce point, et dans son silence on ne doit pas ajouter à ses prescriptions.

952. Seulement, on pourrait avec la plupart des auteurs distinguer le cas où la femme s'oblige directement envers son mari du cas où, dans l'intérêt de celui-ci et avec son concours elle s'oblige en faveur d'un tiers.

Dans ce dernier cas l'obligation de la femme est valable. Les tiers n'ont pas dû se montrer plus exigeants que la loi même; il a dû leur suffire que le mari fût présent à l'acte, et qu'il consentît à l'engagement de la femme pour ne pas douter de la valeur de cet engagement. Ils n'ont pas eu à rechercher, d'ailleurs, les rapports d'intérêt qui existaient entre les deux époux, ni les causes qui ont déterminé la femme à contracter. Enfin on ne peut créer contre eux une nullité que la loi elle-même n'a pas établie.

Les articles 1419, 1427, 1431 du Code civil autorisent à décider la question en faveur des tiers;

L'article 1419 qui donne le droit aux créanciers d'une dette, contractée par la femme du consentement de son mari, à en poursuivre le payement tant sur les biens propres de la femme que sur les biens de la communauté, sans examiner d'ailleurs si cette dette a été contractée dans l'intérêt de la femme ou dans celui du mari;

L'article 1427 qui n'exige l'autorisation de la justice pour les obligations de la femme que lorsque le mari est absent ou lorsqu'elle s'engage pour le tirer de prison;

L'article 1431 qui prévoit précisément le cas où la femme s'oblige solidairement avec le mari pour les affaires de celui-ci ou pour celles de la communauté, et qui ne la considère alors, mais à l'égard du mari seulement, que comme caution, et qui, d'ailleurs, ne prescrit pas l'autorisation de la justice pour donner de l'effet à l'engagement.

Remarquons même que le sens de l'article 1427 n'est pas de considérer comme sans effet l'autorisation donnée par le mari lui-même à l'obligation contractée par la femme sans l'autorisation de la justice pour le tirer de prison. Cet article 1427, pose seulement une exception à la règle générale écrite dans l'article 1426, suivant lequel les actes faits par la femme avec la seule autorisation de la justice n'engagent pas les biens de la communauté. Suivant l'article 1427 cette règle générale fléchit, et les biens de la communauté peuvent être engagés par l'obligation que la femme contracte avec la seule autorisation de la justice, si la cause du contrat est de tirer le mari de prison ou d'établir les enfants. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de cassation, du 8 novembre 1814. (Le voir dans le journal de Dalloz, t. 15. 1. 37.)

Ainsi on doit reconnaître que, dans tous les cas possibles, si la femme dont les biens ne sont pas inaliénables s'oblige en faveur d'un tiers avec le concours ou le consentement

de son mari, l'obligation doit être exécutée quoique l'intérêt du mari seul l'ait causée.

C'est, au reste, ce qui a été jugé par beaucoup d'arrêts, parmi lesquels il suffira de citer un arrêt du 13 octobre 1812 qui casse une décision contraire de la Cour de Turin; un arrêt de la Cour de Colmar, du 8 décembre 1812; un arrêt de la Cour de Gênes, du 30 août 1811; un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 2 août 1813 (1).

La question ne paraît pas pouvoir être sérieusement controversée aujourd'hui.

953. Mais en est-il ainsi de l'obligation contractée directement par la femme envers le mari?

Des auteurs recommandables s'appuyant sur la vieille maxime, *nemo potest autor esse in rem suam*, exigent l'autorisation de la justice (2).

Suivant Delvincourt, au contraire, l'autorisation du mari est suffisante dans tous les cas, (t. 1; p. 130.)

Le sentiment de ce dernier auteur est plus conforme au texte de l'article 217, et il a été consacré par un arrêt de la Cour de Paris, du 22 décembre 1820 (3).

L'autre opinion est plus en harmonie avec l'esprit de la loi qui se montre, en général, protectrice des droits et des intérêts des femmes mariées. Mais les auteurs même qui la professent conviennent que le concours de la justice n'est pas nécessaire dans tous les actes qui se passent entre mari et femme.

Ils limitent, il est vrai, leur exception à des actes d'administration.

Cependant si une femme séparée de biens, soit par contrat de mariage soit par jugement, a des droits à régler,

(1) V. ces arrêts dans le Journal de Sirey, 13. 1. 143; 13. 2. 24; 12. 2. 181; 15. 2. 106: et dans celui de Denevers, 11. 1. 108; 21. 2. 60.

(2) Duranton, t. 2, p. 433; Favard, v° *Autorisation*, 1. 251; Vazeilles, 2. 40 et 101.

(3) Dalloz jeune, t. 23. 2. 172.

des comptes et des liquidations à faire avec son mari, pourquoi lors même qu'ils toucheraient au capital de sa fortune, ne pourrait-elle pas y procéder sans l'autorisation de la justice? Et comment même cette autorisation pourrait-elle lui être donnée en connaissance de cause, à moins que la discussion des droits et leur liquidation ne fussent faites dans une instance judiciaire ce qui entraînerait beaucoup de lenteur et beaucoup de frais.

La femme peut être trompée, dit-on; elle peut aussi céder à l'influence du mari, et abandonner par faiblesse une partie de ses droits.

Mais une autorisation, obtenue en justice sur le simple exposé d'une requête, ne la garantirait pas de ces dangers. Elle pourrait souvent ne servir qu'à voiler le dol ou la violence, et à en rendre la réparation plus difficile.

Au lieu d'exiger une autorisation qui dégénère ordinairement en une vaine formalité, il serait plus simple et plus sûr de scruter sévèrement, sur la plainte de la femme, les actes qu'elle aurait passés avec son mari, et de la restituer contre le préjudice qu'elle aurait éprouvé. Or, l'article 1304 du Code civil fournit à la femme cette ressource.

Il n'y a donc pas d'inconvénients sérieux à ne pas exiger l'intervention de la justice pour une autorisation de pure forme dans les actes que la femme passe avec son mari.

Au reste, la loi se tait sur cette exigence soit dans la règle générale posée par l'article 217, soit dans des règles particulières écrites dans le Code civil même ou dans d'autres monuments législatifs.

L'article 1096 du Code civil permet aux époux de se faire l'un à l'autre des donations pendant le mariage, et il n'y est pas question d'autorisation du juge.

L'article 1595, en autorisant la vente entre époux, dans certains cas, est aussi muet sur cette formalité.

Un décret du 17 mai 1809, permet même à la femme de

constituer sur ses propres biens un majorat en faveur de son mari, avec la simple autorisation de celui-ci.

Duranton, qui rappelle ce décret, ajoute que l'exception confirme la règle.

Mais où est écrite la règle (1)?

954. L'auteur cite un arrêt de la Cour de cassation qui, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Lyon, décide qu'une femme, qui avait formé avec l'autorisation de la justice, demande en séparation de biens contre son mari, n'avait pu s'en désister par un acte passé avec son mari seul, et sans que la justice l'y eût autorisée.

Cette décision, fort sage pour le cas particulier, doit être sans influence sur la question générale.

D'une part, il est naturel qu'une action intentée par l'autorité du juge ne puisse être abandonnée sans le concours de cette autorité.

D'une autre part, les demandes en séparation de biens intéressant l'ordre public ne peuvent être ni admises ni rejetées sans que le ministère public soit entendu. Comment un simple désistement non vérifié par le juge, non communiqué même au ministère public, c'est-à-dire au défenseur légal des intérêts et des droits des femmes mariées, pourrait-il avoir quelque effet?

En continuant l'examen de la règle générale, nous dirons que les lois sur l'émigration ayant frappé les émigrés de mort civile avaient affranchi leurs épouses de la puissance maritale. (Art. 25, Code civil, et arrêt du 24 floréal, an 13. Cour de cassation, D. 5. 1. 397.)

Mais l'amnistie ayant réintégré l'émigré dans tous ses droits, sa femme a été replacée sous sa puissance et n'a pu désormais contracter sans son autorisation. (Arrêt du 11 août 1812, Cour de cassation, S., 13. 1. 30, Sénatus-Consulte du 6 floréal an 10.)

(1) Duranton, t. 2, n° 473.

955. Une question importante est celle de savoir si la femme séparée de biens ou dont les biens sont paraphernaux peut aliéner ses capitaux mobiliers sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice.

Cette question est controversée, et des arrêts contradictoires laissent encore la solution incertaine. Plusieurs Cours s'appuyant sur les termes de l'article 1449 du Code civil, ont décidé que la séparation de biens rendait à la femme la libre administration de ceux qui lui appartenaient, et lui donnait même le droit de les aliéner sans avoir besoin de l'autorisation du mari ou de celle de la justice ; que le droit d'aliéner entraînait celui de s'obliger, d'emprunter par exemple ; que seulement les obligations ne pourraient s'exécuter sur les immeubles de la femme, et que son mobilier et le revenu de ses immeubles devenaient les seuls gages du créancier.

La Cour de Riom l'a décidé ainsi même pour une femme mariée sous le régime dotal, et le pourvoi contre sa décision a été rejeté par un arrêt du 10 mars 1813.

La Cour de Colmar a jugé le 8 mars 1820 qu'une femme séparée pouvait aliéner tous ses droits mobiliers dans une succession.

La Cour de Paris a sanctionné aussi par plusieurs arrêts des actes d'aliénation de valeurs mobilières faits sans autorisation par la femme séparée de biens. Un de ces arrêts, du 7 décembre 1824, déclare valable une obligation de 3,000 fr., consentie ainsi par une femme, commerçante il est vrai, mais pour un fait étranger à son commerce.

Un autre arrêt du 3 mars 1832, pose en principe que l'obligation consentie sans autorisation par la femme séparée est valable jusqu'à concurrence de son mobilier.

Un troisième arrêt de la même Cour, du 17 mai 1834, déclare valable un placement de capitaux, en rente viagère, fait par une femme séparée et non autorisée.

La Cour de Besançon avait décidé aussi, le 31 janvier 1827, que la femme séparée pouvait emprunter sans autorisation.

Divers arrêts ont jugé, au contraire, que la femme séparée ou celle dont les biens étaient paraphernaux ne pouvait faire sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice que des actes d'administration, que celles de ses obligations qui n'avaient pas ce caractère étaient nulles et qu'elles ne pouvaient s'exécuter ni sur le mobilier ni même sur les revenus de la femme, quoique le créancier offrît d'en restreindre l'exécution à ces valeurs.

On peut citer sur cette question des arrêts rendus par la Cour de Paris, les 7 août 1820 et 1er juin 1824; par la Cour de Nîmes, le 4 juillet 1823; par celle d'Aix, le 25 juin 1824; par la Cour de Rouen, les 18 novembre 1825 et 10 juin 1830; et par la Cour de cassation des arrêts des 12 février 1828, 18 mars 1829, 5 mai et 7 décembre même année; 7 décembre 1830, 3 janvier 1831.

Ces différents arrêts sont rapportés dans les Recueils de Sirey et de Dalloz jeune (1).

Plusieurs de ces décisions ont été dictées par les circonstances.

956. Pour résoudre la question en principe, c'est, il semble, sur la loi seule qu'il faut se fixer; et l'on reconnaîtra qu'une distinction doit être faite entre le mobilier soumis au régime dotal et celui qui n'est pas asservi aux prohibitions rigoureuses de ce régime.

957. Pour la femme mariée sous le régime de la communauté les effets de la séparation sont déterminés par l'article 1449 du Code civil, dont voici les termes :

« La femme séparée soit de corps, soit de biens seulement, » en reprend la libre administration ; *elle* peut *disposer de* » *son mobilier et l'aliéner ;* elle ne peut aliéner ses immeu- » bles sans le consentement du mari ou sans être autorisée » en justice. »

(1) V. aussi sur la matière, Duranton, Droit civil, t. 2, n° 492, et Vazeilles, *Traité du Mariage*, aussi t. 2, n° 320.

Les dispositions de cet article sont claires, elles ne réduient pas la femme à un simple droit d'administration.

Elles lui attribuent aussi la faculté bien plus large de *disposer* de *son mobilier* et de *l'aliéner*.

Et cette faculté n'est soumise à aucune condition, à aucune entrave ; son exercice n'est pas subordonné au consentement du mari ou à l'autorisation de la justice. Car silencieux sur cette exigence, lorsqu'il ne s'occupe que du mobilier, le législateur explique immédiatement son silence en déclarant dans les lignes suivantes que le consentement du mari ou l'autorisation de la justice sont indispensables à la femme pour aliéner ces immeubles. Exiger dans le même article cette formalité pour un cas, ne rien dire pour l'autre, c'est évidemment en affranchir, dans ce derniers cas, *qui dicit de uno negat de altero.*

958. La règle écrite dans l'art. 1449, relativement à la séparation judiciaire, est répétée sinon textuellement au moins implicitement dans les articles qui traitent de la séparation conventionnelle.

Suivant l'art. 1536, lorsque les époux ont stipulé par contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles comme si elle n'était pas mariée ; et, suivant l'article 1538, c'est seulement pour l'aliénation de ses immeubles qu'il lui est prescrit d'obtenir le consentement spécial de son mari, ou à son refus l'autorisation de la justice.

Il en est des biens paraphernaux sous le régime dotal comme de ceux qui sont l'objet de la séparation contractuelle sous le régime de la communauté.

Les deux cas sont identiques. Dans l'un et dans l'autre la condition de la femme et ses droits, ses facultés sont les mêmes; l'art. 1576 dit aussi, comme l'art. 1536, que la femme a l'administration et la jouissance de ces sortes de biens ; et s'il ajoute qu'elle ne peut les aliéner sans l'autorisation de son mari ou la permission de la justice, il n'entend

aussi parler que des immeubles; la paraphernalité n'étant dans le fait qu'une séparation contractuelle applicable à certains biens.

Pour se former une idée nette et exacte sur la question que nous discutons, il faut combiner entr'eux les art. 1449, 1538 et 1576 qui tous s'y appliquent, et de cette combinaison résultera la conséquence nécessaire que la femme séparée, sous le régime de la communauté ou dont les biens sont paraphernaux sur le régime dotal, peut disposer de son mobilier sans le consentement de son mari et sans la permission de la justice. Cette combinaison est, au reste, en harmonie avec le principe qui veut que les différentes dispositions d'une même loi comme les différentes clauses d'une même convention s'interprètent les unes par les autres.

On peut ajouter à ces motifs de décision que le droit d'administration comprend, en général, celui de disposer du mobilier. C'est ainsi que, sous tous les régimes, le mari, comme administrateur des biens de sa femme, a la libre disposition du mobilier de celle-ci.

Aussi plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont-ils déclaré valables des obligations contractées par une femme séparée, sur son mobilier, lorsqu'il ne paraissait pas que l'obligation excédât les bornes d'une sage administration et lorsqu'elle n'était pas hors de proportion avec la fortune mobilière de la femme. C'est en ce sens que la jurisprudence la plus générale, notamment celle de la Cour régulatrice, a interprété l'art. 1449 du Code civil (1).

On doit donc déclarer valable l'obligation contractée sur son mobilier par la femme séparée, à moins que cette obligation ne soit hors de proportion avec la fortune mobilière de la femme et ne paraisse être le fruit d'une imprudence ou d'une

(1) V. des arrêts des 5 mai 1829, 8 janvier 1831, et 21 août 1839; dans le Journal de Sirey, 29. 1. 181; 31. 1. 22; 39. 1. 663; v. aussi l'arrêt du 18 mai 1819 cité par Duranton.

faiblesse tout à fait en opposition avec les règles les plus communes d'une administration éclairée.

959. Mais cette solution ne doit pas être admise pour les biens meubles qui sont dotaux et soumis au régime dotal, et cela par un principe étranger aux règles sur l'autorisation. La dot même mobilière est inaliénable, en sorte que la femme ne peut, ni avec le consentement de son mari, ni avec la permission du juge, en disposer par aucun acte, si ce n'est dans les cas et avec les formalités protectrices prévues par les lois (1).

La femme dont les biens sont dotaux, et qui a été séparée judiciairement, ne peut faire relativement à sa dot mobilière que des actes d'administration. Elle peut donc, sans autorisation spéciale, recevoir ses capitaux mobiliers et en donner quittance. D'ailleurs, le jugement de séparation qui l'autorise à la recherche de ses biens, lui attribue suffisamment ce droit, à moins qu'il ne la soumette à faire emploi de ses capitaux. Mais elle n'aurait pas la faculté d'en disposer ni à titre gratuit ni à titre onéreux, ni de faire des emprunts qui les consommassent. Le droit de les toucher sans en faire emploi lui est même contesté par plusieurs auteurs et par divers arrêts. — Question sérieuse que nous examinerons dans la seconde partie de cet ouvrage.

960. Quel que soit le régime sous lequel la femme est placée par son contrat de mariage, elle peut, sans autorisation, faire tous actes conservatoires, tels que des saisies-arrêts, des protêts, des transcriptions de contrats d'acquisitions, des inscriptions. Car par ces actes elle ne contracte pas, elle exécute seulement de précédents contrats et en assure l'effet (2).

Mais si, à raison de ces actes conservatoires, elle forme une demande judiciaire, l'autorisation de son mari ou celle de la justice lui devient nécessaire. Elle en a besoin, no-

(1) Tessier, *Traité de la Dot*, nos LVIII et suivants.
(2) Delvincourt, 1, p. 156; Duranton, 2, n° 469.

tamment pour la demande en validité d'une saisie-arrêt.

961. Le principe de la nécessité de l'autorisation souffre quelques exceptions.

L'article 220 du Code civil en établit une fort remarquable :

Art. 220. « La femme, si elle est marchande publique, dit cet ar-
» ticle, peut sans l'autorisation de son mari s'obliger pour
» ce qui concerne son négoce, et audit cas elle oblige aussi
» son mari, s'il y a communauté entr'eux.

» Elle n'est pas réputée marchande publique si elle ne
» fait que détailler les marchandises du commerce de son
» mari, mais seulement quand elle fait un commerce sé-
» paré. »

Cet article est littéralement répété dans l'article 5 du Code de commerce, et l'article 4 de ce Code porte que « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. »

L'article 220 est emprunté presque textuellement des articles 235 et 236 de la Coutume de Paris. La Coutume d'Auvergne, art. 9 du titre premier; celle du Bourbonnais, art. 168; celle de la Marche, art. 10; celle de Berry, art. 7 et 8 du titre premier, ont des dispositions analogues.

« C'est la faveur du commerce qui a fait regarder la femme, marchande publique, comme indépendante du pouvoir marital dans tout ce qui concerne les opérations commerciales qu'elle fait. Sous ce rapport le mari peut devenir la caution de sa femme; mais il cesse d'être son maître (1). »

Au reste, la puissance maritale est respectée puisque la femme ne peut faire un commerce public sans le consentement du mari.

Ce consentement équivaut à une autorisation générale de s'obliger pour le négoce. Il n'y a donc de blessé que le prin-

(1) Portalis, Exposé des motifs.

cipe de l'autorisation spéciale exigée dans les cas ordinaires pour la validité des obligations de la femme.

Mais, comme le remarque Locré dans l'Esprit du Code civil sur l'article 220, cette dérogation était indispensable tant à raison de la célérité avec laquelle se traitent les affaires de commerce qu'à cause de la manière dont elles se font. « Car les engagements qui en résultent ne sont pas établis par des actes aussi solennels que dans les affaires ordinaires; quelquefois ils ne sont que verbaux. Pour les constater, il suffit de registres. »

Les Cours de Rouen et de Montpellier demandaient que la femme marchande publique fût dispensée de se faire autoriser par son mari pour ester en jugement. Cette proposition ne fut pas admise, parce que les motifs qui dictaient les dispositions de l'article 220 ne se rencontraient pas quand il fallait plaider, les délais de la procédure laissant à la femme le temps et les moyens de rendre hommage à la puissance maritale.

962. Deux conditions sont nécessaires pour que la femme soit considérée comme marchande publique :

L'une qu'elle fasse un commerce séparé de celui de son mari si le mari est commerçant, ou sans son concours s'il ne l'est pas;

L'autre qu'elle fasse ce commerce du consentement de celui-ci.

Une autorisation expresse du mari n'est pas nécessaire à la femme pour la faire réputer marchande publique; il suffit qu'elle fasse le commerce au vu et au su de son mari et sans qu'il s'y oppose. (Arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 1820; S., 21. 1. 312; D., 19. 1. 280; autre arrêt de la même Cour du 1er mars 1826; S., 26. 1. 323.)

963. Le commerce séparé de la femme n'oblige le mari que lorsqu'ils sont en communauté.

Cependant si les deux époux étaient mariés sous le ré-

gime dotal et que tous les biens de la femme fussent dotaux, maître des revenus de celle-ci et de son industrie, le mari profiterait nécessairement des bénéfices du commerce qu'elle ferait même séparément. Il devrait donc aussi être passible des dettes commerciales. La Cour de Lyon fit cette proposition ; elle ne fut ni rejetée ni admise. La jurisprudence doit suppléer à cette omission.

Il en serait autrement si la femme était séparée de biens ou avait des biens paraphernaux.

Suivant l'art. 234 de la Coutume de Paris, le mari *était aussi obligé par le tablier de sa femme* faisant commerce séparé.

La femme qui gère les affaires commerciales de son mari, oblige celui-ci sans être marchande publique elle-même. (Code civil, art. 1375 et 1998; Cour de cassation, arrêt du 25 janvier 1821, S., 21. 1. 177.)

D'après l'art. 220 du Code civil, on a eu à examiner si le mari, obligé par le commerce de sa femme, est contraignable par corps.

Cette question était controversée dans l'ancien droit. Plusieurs arrêts l'avaient jugée contre le mari, en déclarant exécutoire contre lui le titre obtenu de la femme (1).

Sous la législation intermédiaire, elle a été résolue en faveur du mari, par un arrêt de la Cour de Lyon du 26 juin 1822. (S., 23. 2. 288.)

Il en devait être ainsi, d'après la loi du 15 germinal an 6, qui déclare par son art. 1er que « *la contrainte par corps ne* » *peut être prononcée qu'en vertu d'une loi formelle.* »

Or, il n'existait pas autrefois de disposition législative qui la prononçât contre le mari que la femme obligeait par son commerce.

Aujourd'hui la décision serait différente parce que la loi nouvelle du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps veut,

(1) Guéret, sur le Prestre, art. 2, ch. 20; Duplessis, Titre de la communauté, part. 1, chap. 7, nos 44 et 45; Tournon, sur Paris, art. 234.

par son art. 1er, que la *contrainte par corps soit prononcée contre toute personne condamnée pour dette commerciale* au payement d'une somme principale de 200 fr. et au-dessus.

On remarquera que les termes de l'art. 220 du Code sont restrictifs, et qu'il en résulte qu'à l'égard des affaires étrangères au commerce, la femme, quoique marchande publique, ne peut, si elle n'est pas autorisée, ni obliger son mari ni s'obliger elle-même.

964. Il est plusieurs autres cas où la femme, quoique non autorisée, peut contracter des engagements qui obligent même son mari.

Ainsi le mari est tenu de payer les fournitures faites à la femme, quoique non autorisée, soit pour les besoins du ménage, soit même pour son entretien et celui de la famille, surtout lorsqu'elle est dans l'usage d'y pourvoir et que ces dépenses ne sont pas excessives. (Toullier, t. 12, n° 261 et suivants; Merlin, v° *Autorisation maritale*, sect. 7 (1).

Dans ces différents cas, la femme est censée avoir agi comme mandataire du mari.

965. Il doit y avoir aussi exception à la nécessité de l'autorisation pour les obligations résultant de certains quasi-contrats et des délits ou quasi-délits.

Il y a des quasi-contrats qui se forment sans le fait même de la personne qui les contracte. Tels sont ceux indiqués dans l'art. 1375 du Code civil.

Cet article veut que « le maître, dont l'affaire a été bien administrée, remplisse les engagements que le gérant a contractés en son nom, qu'il l'indemnise de tous les engagements personnels qu'il a pris, et qu'il lui rembourse toutes les dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites. »

(1) V. aussi arrêts de la Cour de Pau, du 19 juillet 1823; de la Cour de Rennes, du 30 décembre 1813; de la Cour de cassation, du 14 février 1826. (V. aussi un arrêt du 7 novembre 1820 rendu pour un cas régi par la Coutume de Paris, dont les dispositions étaient conformes au Code civil.)

La femme, dont les affaires ont été ainsi gérées n'a pu être autorisée pour des obligations qui sont la conséquence d'une gestion qui s'est faite à son insu, comme cela arrive ordinairement, parce qu'elle a été accidentelle. Cependant l'équité veut qu'elle remplisse les engagements qui en sont résultés, et l'art. 1375 le lui prescrit.

Tel est, par exemple, le cas où des réparations urgentes et nécessaires auraient été faites pour la conservation d'un de ses héritages.

Pothier, dans son Traité de la puissance maritale, donne aussi pour exemple le prêt fait à une femme mariée sans le consentement de son mari pour l'employer en totalité à acquitter ses propres dettes. Si l'emploi est justifié, la femme qui a réellement profité de la somme, en doit le remboursement en vertu de l'équité naturelle qui ne permet pas que personne puisse s'enrichir aux dépens d'un autre. *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.* L. 206, ff. *de reg. jur.* (1).

Il n'en serait pas ainsi pour la gestion qui serait exercée par une femme. Cette gestion, si elle n'était autorisée ni par son mari, ni par la justice, ne pourrait la soumettre à aucun engagement valable.

966. Les délits et les quasi-délits présentent d'autres cas d'exception à la règle générale sur l'autorisation des femmes mariées.

Les femmes mariées sont, comme toute autre personne, responsables du dommage qu'elles causent non-seulement par leur fait mais encore par leur imprudence ou par leur négligence ; mais leurs maris ne peuvent en être eux-mêmes responsables, et les condamnations pécuniaires qui sont prononcées contre elles à raison des délits et quasi-délits qu'elles commettent, ne peuvent être exécutées pendant le mariage sur les biens dont le mari a l'administration et la jouissance.

(1) Pothier, de la *Puissance maritale*, sect. 3, § 2.

967. « Il est des actes qui, par leur nature, ne peuvent être l'ouvrage que d'une volonté entièrement indépendante. Il est aussi des actes qui ne doivent être connus que de leur auteur. Tels sont les testaments. Il faut les interdire à la femme ou lui laisser son secret; lui défendre de tester ou n'interposer personne entre les mouvements soit de sa bienveillance soit de sa justice, et ceux qui en sont l'objet; sans ces conditions il n'y pas de dernière volonté libre, et la faculté de disposer par testament devient aussi dangereuse qu'abusive. » (Esprit du Code civil par Locré.)

Ces considérations ont dicté l'art. 226 du Code civil :

« La femme peut tester sans l'autorisation de son mari. » Art. 226.

Cette disposition est l'expression des lois romaines et de l'ancien droit commun en France. Presque toutes les Coutumes n'exigeaient l'autorisation que pour les donations entre-vifs, ce qui était en dispenser par les dons testamentaires. (V. aussi la loi 32, *princip*, ff. *de hæred instituend.*)

968. Cependant quelques coutumes exigeaient cette autorisation pour la validité du testament de la femme mariée. C'était fausser la faculté et altérer la définition de cet acte respectable de dernière volonté. *Testamentum est justa voluntatis sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* Inst. de testam.

Un testament fait sous l'autorisation du mari exprimerait plus souvent moins la volonté de la testatrice que celle du mari lui-même.

Une telle exigence prolongerait en quelque sorte la puissance maritale au delà de son terme naturel et légal, parce que le testament n'a d'effet qu'à la mort de la testatrice, c'est-à-dire lorsque la dissolution du mariage a fait évanouir la puissance du mari.

Mais quel serait aujourd'hui la valeur d'un testament fait, sans autorisation sous ces coutumes avant le Code civil, par une femme décédée seulement depuis?

Ce testament serait nul parce que, pour tester, il faut être

capable soit au moment de la faction du testament, soit au moment de son décès. C'est ainsi que les testaments faits par des mineurs, qui ne sont cependant décédés que depuis leur majorité, sont ou nuls ou réductibles à la quotité dont le mineur peut disposer.

Autrefois aussi on déclarait nul le testament d'une femme mariée sous une coutume qui lui interdisait de tester sans l'autorisation de son mari, quoique, étant séparée de corps, elle eût fixé son domicile dans un lieu où cette autorisation n'était pas exigée. On jugeait que ce changement n'avait pu la soustraire au statut personnel qui avait été la loi de son mariage, et qui avait fixé irrévocablement sa capacité pendant la durée du mariage. (Arrêt de la Cour de cassation, du 19 janvier 1807 (1).

969. Mais une femme mariée sous l'empire de ces coutumes prohibitives aurait été rendue par la loi nouvelle à la liberté de tester sans autorisation. Car le statut personnel a été aboli par le Code civil, et cette abolition a dû profiter aux femmes mariées, pour la faculté de tester, comme il leur a nui, pour celle de contracter sans autorisation dans le pays où elles avaient ce droit.

Le cas que nous examinons n'a pas d'analogie avec celui de l'arrêt du 19 janvier 1807. En effet, dans l'espèce de l'arrêt, le statut personnel n'avait pas été abrogé; il subsistait dans toute sa force, et l'on jugea avec raison que la femme, par son propre fait, par un mouvement de sa volonté personnelle, en changeant de domicile n'avait pu échapper à l'exigence du statut. Au contraire, dans le cas prévu le statut personnel a été modifié, même détruit, et le législateur nouveau a attribué à la femme mariée une capacité personnelle que dans sa puissance il pouvait lui conférer. On peut appliquer, par analogie à ce cas, l'espèce d'un arrêt rendu le 12 mai 1814, par la Cour de cassation, qui a dé-

(1) S., t. 7, 1. 115; Denevers, t. 5, 1. 115.

laré valable un testament fait depuis la loi du 17 nivôse n 2, par une femme mariée en faveur de son mari, quoique es deux époux se fussent unis sous l'empire de la Coutume le Normandie qui, en même temps qu'elle exigeait une autorisation spéciale du mari pour toute disposition testamenaire de la part de la femme, prohibait aussi toute disposiion de gens mariés l'un envers l'autre.

L'arrêt juge, d'ailleurs, que la nécessité de l'autorisation expresse de la part du mari ne s'étendait pas aux testaments aits en sa faveur par la femme (1).

La disposition de l'article 226 du Code civil est répétée lans l'article 905 qui, après avoir déclaré que la femme ne eut donner entre-vifs sans l'assistance ou le consentement pécial de son mari ou sans y être autorisée par la justice, joute *qu'elle n'aura besoin ni du consentement du mari ni le l'autorisation de la justice pour disposer par testament.*

970. Ce consentement ou cette autorisation lui seraient ussi inutiles pour révoquer les dispositions testamentaires u'elles aurait faites. Car si elle les révoque par un testanent postérieur, l'article 226 reçoit son application directe. i elle les révoque par un simple acte notarié portant déclaation du changement de sa volonté, on ne peut arguer, ontre la validité de la révocation, de l'article 217 du Code, uisque l'acte de révocation n'est pas un contrat et ne consitue de la part de la femme aucune obligation. Or, ces leux formes de révocation sont également autorisées. (Code ivil, art. 1035.)

971. L'article 1096 du Code civil porte que les époux euvent se faire entr'eux des donations pendant le mariage, t il ajoute que ces donations, quoique qualifiées entre-vifs eront toujours révocables. Soit pour faire ces donations, soit our les révoquer, les femmes mariées n'ont pas besoin l'autorisation.

(1) S., 14. 1. 114; Denev., 12. 1. 449.

Elles n'en ont pas besoin pour les faire, puisque les maris y concourent personnellement ou par des fondés de pouvoirs. (Art. 317.)

Elles n'en ont pas besoin pour les révoquer, l'art 1096 déclarant que « la révocation pourra être faite par la femme » sans être autorisée ni par le mari ni par la justice. »

972. L'autorisation du mari ou celle de la justice ne sont nécessaires à la femme mariée que dans les actes où elle contracte des engagements personnels. Elle peut, d'ailleurs, contracter pour d'autres comme gérante ou comme mandataire, sans autorisation. Seulement dans ce cas elle n'est pas tenue des obligations du mandataire. (V. l'art. 1990 du Code civil.)

---

§ III.

Des formes de l'autorisation et des cas ou le mari ne veut ou ne peut autoriser.

SOMMAIRE.

973. *Dans l'ancien droit l'autorisation devait être expresse.*
974. *Dans le nouveau droit l'assistance du mari suffit.*
975. Quid *si le mari assigné avec la femme fait défaut?*
976. Quid *si la femme veut agir contre son mari?—Procédure pour obtenir l'autorisation de la justice.*
977. *Si le mari n'est pas présent à l'acte, sa ratification postérieure mais isolée ne couvre la nullité que pour lui non pour la femme.*
978. *Cas où la femme doit demander l'autorisation de la justice, et procédure à suivre.*
979. *Devant quel tribunal doit-elle se pourvoir?—Distinction.*
980. *L'interdiction légale ou civile est un de ces cas. — Quand a-t-elle lieu?*
981. Quid *si le mari a un conseil judiciaire?*
982. De même, *de l'absence présumée ou déclarée.*
983. *Si le mari est mineur l'autorisation du juge est nécessaire à la femme.*—Secus *dans l'ancien droit pour contracter.*
984. *Le mari mineur devra-t-il être consulté?*

985. Quid *si les deux époux sont mineurs ?*
986. Quid *si le mari seul est majeur et que la femme mineure veuille faire un commerce ?*
987. Quid *si la femme est majeure et le mari mineur?*
988. *De l'autorisation nécessaire à la femme pour agir en séparation de biens.*
989. *Si dans les divers cas où la femme demande l'autorisation de la justice elle lui est refusée, que doit-elle faire ?*
990. *Que doit faire aussi le mari si on l'accorde malgré son refus?*
991. *Des effets d'une autorisation générale.*

973. Dans l'ancien droit l'autorisation était nulle si elle n'était pas expresse. L'expression était sacramentelle, selon Pothier. Le consentement du mari était insuffisant, quoiqu'il eût souscrit le contrat fait par sa femme ; quoique même agissant pour la femme en vertu d'une procuration de celle-ci, le mari eût passé lui-même le contrat, l'acte était nul s'il n'y était formellement exprimé qu'il l'autorisait (1).

974. Une telle exigence dégénérait en subtilité, la raison la repoussait, et les législateurs du Code ont reconnu que l'assistance du mari, son concours dans l'acte constatait son autorisation avec autant de certitude et de clarté que si le mot *autorisée* s'y trouvait : *facta potentiora sunt verbis.*

Dans le nouveau droit, l'autorisation tacite résultant de ce concours suffit à la femme soit pour contracter, soit pour ester en jugement, surtout si elle est demanderesse.

L'article 215 dit bien que *la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari.*

Mais il n'ajoute pas que l'autorisation doit être formellement exprimée ; et le sens en est fixé, soit par l'article 217 qui, pour les contrats, n'exige que le concours du mari dans l'acte, soit par la jurisprudence qui s'est manifestée

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, sect. 4, § 1, n° 68 ; Dumoulin sur la *Coutume de Paris*, art. 224, et sur celle de Troyes, article 139 ; Renusson, *de la Communauté*, chap. 7, n° 11 ; Le Brun, section 4 de la Communauté, nos 15 et 23.

par de nombreux arrêts. La Cour régulatrice, notamment, par arrêts des 26 frimaire an 13, 22 avril 1808, 22 avril 1828, a décidé que le mari, qui plaidait conjointement avec sa femme, était censé, par cela seul, l'autoriser en justice. Dans l'espèce du dernier arrêt, il s'agissait d'un appel interjeté à la requête du mari et de la femme. L'appel fut déclaré régulier (1).

Cette autorisation tacite est suffisante quoique les époux qui procèdent en justice conjointement aient des intérêts distincts. (Arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1811; arrêt de celle de Grenoble du 21 février 1832; Dalloz, 71. 1. 395; et 32. 2. 143.)

Ces décisions sont rationnelles. La procédure conjointe du mari et de la femme, fait dans ce cas comme dans les cas ordinaires présumer de plein droit le consentement et par conséquent l'autorisation du mari pour l'instance.

Cette doctrine s'applique tant à la femme défenderesse dans l'instance, qu'à la femme demanderesse, pourvu que le mari soit aussi assigné pour l'assister et pour l'autoriser et qu'il comparaisse et procède avec elle (2). Mais si la femme comparaissait seule, si le mari faisait défaut quoique les poursuites fussent dirigées et les jugements obtenus tant contre lui que contre sa femme, sa volonté d'autoriser la femme ne pourrait pas être présumée, puisqu'il n'aurait pas été partie agissante; dans ce cas le demandeur devrait faire autoriser la femme par le juge saisi du litige. (C. cass., 18 novembre 1828, S., 29. 1. 240; D., 27. 1. 17.)

975. Lorsque sur l'assignation donnée au mari et à la femme, le mari fait défaut, il est d'usage, en prenant contre lui un jugement de défaut en exécution de l'art. 153 du Code de procédure civile, de faire prononcer par le juge dans le même jugement l'autorisation de la femme.

(1) V. ces arrêts dans le Journal de Sirey, 7. 1. 790; 8. 1. 525; 28. 1. 208, et dans celui de de D., 2. 56; 8. 1. 227.

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 3 juin 1835; S., 35. 1. 880.

Il suffirait aussi, soit que le mari comparût ou non, s'il n'autorisait pas sa femme, qu'elle fût autorisée par le tribunal lors du jugement définitif. Cette autorisation validerait les actes de procédure antérieurs, même les jugements d'instruction ou préparatoires qui ne porteraient pas préjudice à la femme. (Arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 1834, Sirey, 35. 1. 543.)

Remarquons que l'assignation donnée à une femme mariée sans que le mari soit appelé pour l'autoriser n'est pas nulle de plein droit, et que l'omission peut être réparée par une assignation donnée au mari ultérieurement mais avant tout jugement. (3 avril 1812, C. cass., rejet, S. 13. 1. 8.)

La Cour de Paris a jugé dans le même sens le 13 août 1825.

La Cour d'Aix a jugé en sens contraire le 3 mai 1827. Cette dernière décision est peu exacte. Elle n'est pas autorisée par la lettre de l'article 216 qui n'exige l'autorisation de la femme que pour *ester en jugement* et qui n'annule pas les procédures antérieures à tout jugement si elles sont régularisées avant que le juge prononce.

976. Lorsque le mari plaide contre sa femme, par l'action même qu'il exerce il est censé l'autoriser à se défendre. Une autorisation expresse serait superflue.

Mais si la femme veut agir contre le mari une autorisation de la justice lui est nécessaire.

Pour l'obtenir, la femme doit se conformer aux dispositions des articles 861 et 862 du Code de procédure civile, ces formalités lui étant prescrites lorsqu'elle veut se faire autoriser à la poursuite de ses droits, quels qu'ils soient, et la loi ne distinguant pas ceux qu'elle veut exercer contre son mari, de ceux qui sont relatifs à des tiers.

Elle doit donc d'abord faire une sommation au mari. Sur son refus ou sur son silence qui est réputé négatif, la femme présente une requête au président du tribunal. Et celui-ci lui permet de citer le mari à la chambre du conseil pour déduire ses motifs.

Le mari entendu, il est rendu, sur les conclusions du ministère public, un jugement qui statue sur la demande de la femme.

Si l'autorisation était refusée par le tribunal, la femme pourrait se pourvoir devant la Cour royale par un appel interjeté contre le mari. Le cas est rare.

987. L'autorisation pour contracter peut être expresse ou tacite. Mais dans l'un et dans l'autre cas elle doit être donnée par le contrat même ou le précéder.

Le concours du mari dans l'acte suffit; mais si le mari n'y est pas présent, il faut que par un acte antérieur il donne son consentement par écrit. (Art. 217.) Un consentement postérieur même par écrit serait insignifiant. Il ne réparerait pas le vice primitif de l'acte. (Arrêt de Grenoble, du 26 juillet 1828; et arrêt de Rouen, du 18 novembre 1825.)

Cependant cette question était controversée autrefois et elle l'est encore aujourd'hui. Lacombe, au mot *Autorisation*, section 2, n° 2, enseignait que la ratification postérieure du mari ne rendait pas l'acte valable, et il s'appuyait du sentiment de Pontanier sur l'article 3 de la Coutume de Blois, et de celui de Renusson, *Traité de la communauté*, part. 1re, chap. 7, n° 15.

Le Brun et le Prêtre professaient une doctrine contraire. Ce dernier auteur cite même en faveur de son opinion deux arrêts des 17 juin 1598 et 27 mai 1606; et Pothier, dans son *Traité de la puissance maritale*, avait adopté cet avis, quoique avec quelque hésitation, et après avoir dit qu'en principe l'autorisation du mari, donnée après coup, ne devait point valider l'obligation de la femme non autorisée, « parce » qu'elle était absolument nulle et que le néant n'est pas » susceptible de confirmation. »

Duranton, dans le nouveau droit, considère comme sans effet la ratification postérieure. Delvincourt, Vazeilles, Dalloz aîné la croient suffisante, parce que l'autorisation du mari n'étant exigée que *propter reverentiam ei debitam*, on

ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas lui-même faire remise de l'oubli dont il aurait pu se plaindre et réparer par son approbation le vice de l'acte (1).

L'opinion de Duranton nous paraît la plus vraie, parce que ce n'est pas seulement le respect dû à la puissance maritale, c'est encore l'intérêt de la femme qui a dicté la règle de l'autorisation. La femme trouve dans cette formalité protectrice une garantie contre sa faiblesse. Sans autorisation, elle n'a pas de capacité, et le contrat qu'elle fait est nul pour elle comme pour son mari. La ratification postérieure de celui-ci emporte de sa part renonciation à la nullité en ce qui le concerne. Mais cette renonciation ne peut nuire au droit préexistant de la femme si elle n'y a pas participé; et le moyen de nullité doit subsister pour elle et pour ses héritiers dans toute sa force.

C'est, au reste, dans ce sens qu'a été jugée la question par un arrêt de la Cour de cassation qui, le 26 juin 1839, a cassé une décision contraire de la Cour de Paris. Voici sur la question le motif de l'arrêt :

« Attendu qu'une ratification, même écrite, qui aurait été donnée par le mari seul, postérieurement à l'obligation contractée sans son autorisation par sa femme, ne saurait valider cette obligation et suppléer au consentement écrit en l'absence duquel la femme était sans capacité pour s'obliger (2).

Pour réparer le vice primitif, il faudrait le concours de la femme et du mari dans la ratification.

978. Il est plusieurs cas où, soit pour ester en jugement soit pour contracter, la femme est obligée de recourir au juge pour être autorisée. Ces cas sont prévus par les art. 218, 219, 221, 222 et 224 du Code civil qui doivent se combiner avec les art. 861 et suivants du Code de procédure.

(1) Duranton, t. 2, n° 518; Delvincourt, t. 1er, p. 195; Vazeilles, t. 2, n° 379; Dalloz aîné, Jurisprudence, t. 10, p. 149, n° 2.

(2) Sirey, 39. 1, p. 878 et suivantes.

L'article 218 prévoit le refus d'autoriser sa femme à plaider.

Art. 218. « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation. »

Lorsque c'est la femme qui veut exercer une action, la forme de l'autorisation est déterminée par les art. 861 et 862 du Code de procédure, dont nous avons déjà rappelé les dispositions.

Le mari, après une sommation qui constate son refus, est cité en la chambre du conseil du tribunal, en vertu d'une permission du président, accordée par ordonnance rendue sur la requête de la femme. (Art. 861.)

Au jour fixé, le mari entendu ou faute par lui de se présenter, le tribunal, après les conclusions du ministère public, statue sur la demande de la femme. (Art. 862.)

En rapprochant les termes de l'art. 218 du Code civil de ceux des art. 861 et 862 du Code de procédure qui en règlent l'exécution, on voit que par le mot *juge* employé dans le premier article, le législateur a entendu le tribunal entier.

C'est, au reste, ce qui résulte des discussions préparatoires de l'art. 218.

979. Mais quel est le tribunal qui doit accorder l'autorisation refusée par le mari ?

L'art. 219 décide la question par des dispositions à peu près semblables à celles de l'art. 218 touchant le refus du mari d'autoriser sa femme à contracter.

Art. 219. « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil. »

Dans ce cas comme dans celui de l'art. 218, une sommation préalable au mari est nécessaire pour constater son refus quoique la loi ne le dise pas; et un délai moral, vingt-

quatre heures au moins, doivent être laissées au mari pour répondre.

L'article 219 permet à la femme, après ce refus, de citer *directement* son mari devant le tribunal. Elle peut donc se dispenser de présenter, à cet effet, une requête au président et d'obtenir la permission d'ajourner le mari. Cependant cette forme est bonne à suivre. Elle peut éviter des lenteurs, l'ordonnance du président devant indiquer le jour et l'heure de la comparution du mari à la chambre du conseil.

La procédure en autorisation étant spéciale et aucune loi n'exigeant pour cette procédure le ministère d'un avoué, on peut aussi se dispenser d'en constituer un dans la citation donnée au mari qui refuse son autorisation à la femme soit pour ester en jugement soit pour contracter. Mais un avoué peut être utile pour développer les moyens de la femme; et sous ce rapport, il est avantageux d'en constituer un dans la citation ; cette constitution lui vaudrait mandat.

L'article 219 désigne le tribunal devant lequel doit être portée la demande en autorisation pour contracter. L'article 219 ne dit pas quel est celui qui doit autoriser à ester en jugement.

La Section du Conseil d'Etat avait proposé de donner ce pouvoir au juge devant lequel la contestation serait portée ; et Locré dit que sa proposition fut adoptée. (Esprit du Code civil sur les deux articles.)

Cependant la loi est muette sur cette proposition.

L'on doit, il semble, distinguer :

Si la femme est défenderesse dans l'instance, c'est au juge saisi du litige à l'autoriser à se défendre, lorsque le mari qui doit être assigné à cet effet ne l'autorise pas. C'est à ce cas qu'on doit restreindre la proposition implicitement admise au Conseil d'Etat. Exiger alors que la femme obtienne une autorisation du juge du domicile marital, ce serait compliquer les procédures, entraver les affaires les plus urgentes, même les affaires commerciales qui commandent

souvent la plus grande célérité. Ce serait, d'ailleurs, ajouter à la loi, puisque l'article 861 du Code de procédure n'établit des formalités pour obtenir l'autorisation refusée par le mari, qu'à l'égard de la femme qui veut exercer ses droits, c'est-à-dire intenter elle-même une action (1).

C'est dans ce sens que la question a été jugée par plusieurs arrêts, savoir : par les Cours de Colmar et de Bruxelles, qui ont décidé les 31 juillet 1810 et 10 août 1811, que les tribunaux de commerce même étaient compétents pour autoriser à se défendre les femmes assignées devant eux, et par la Cour de cassation qui a consacré deux fois cette doctrine les 4 février 1810 et 17 août 1813 (2).

Mais si c'est la femme qui veut intenter une action, c'est au tribunal du domicile commun, c'est-à-dire marital, qu'elle doit demander l'autorisation de son mari, lors même le procès devrait être jugé devant un autre tribunal (3).

Il doit en être ainsi par analogie avec ce qui est prescrit par l'article 219 pour l'autorisation de contracter. D'ailleurs, le mari est défendeur à la demande en autorisation, et il est de règle générale que tout défendeur soit assigné devant le tribunal de son domicile. (Code de procédure, article 59.)

L'article 217 ne dit pas que le ministère public doive être entendu avant que le tribunal statue sur la demande en autorisation de contracter. Elle le veut lorsqu'il s'agit de l'autoriser à ester en jugement. Or, il y a parité de raison dans l'autre cas. D'ailleurs, l'article 83 du Code de procédure prescrit de communiquer au procureur du roi toutes les

(1) V. sur cette question l'avis conforme de Vazeilles, t. 2, p. 86. V. aussi Favard et Merlin, au mot *Autorisation maritale*, et Delvincourt, t. 1. 165.

(2) Voir les arrêts dans le Journal de Sirey, t. 11. 2. 206; 12. 2. 264, et 13. 1. 444; les voir aussi dans celui de Denevers, t. 9. 2. 189; 11. 1. 485, et 13. 1. 485.

(3) Proudhon, *Traité des personnes*, t. 1, p. 270; Toullier, Droit civil, t. 2, p. 31.

causes qui *concernent l'ordre public*, *et les femmes non autorisées par leurs maris.*

Or, ces deux circonstances se rencontrent dans la demande judiciaire d'une autorisation refusée par le mari à la femme pour contracter. Car, d'un côté la demande tend à faire fléchir la puissance maritale, qui intéresse l'ordre public; de l'autre, l'intérêt de la femme peut être compromis par l'action qu'elle se propose de former. Le ministère public est donc appelé à en examiner la justice et les avantages.

Dans tous les cas, le jugement qui autorise doit être rendu à la chambre du conseil. C'est là que se fait l'instruction. Il n'y a pas de publicité de débats; il ne doit donc pas y avoir de publicité de jugement.

Cette publicité même est à éviter. Car elle pourrait quelquefois entraîner de fâcheuses conséquences. (Merlin, Répertoire, v. *Autorisation maritale*, t. 1, p. 606, seconde édition.)

Telle est, d'ailleurs, l'opinion émise par M. Berlier, dans l'exposé des motifs des articles 861 et suivants du Code de procédure.

Il y a cependant un arrêt de la Cour de Nîmes, du 9 janvier 1828, qui déclare nul le jugement rendu en la chambre du conseil sur la demande formée par la femme à fin d'autorisation à la poursuite de ses droits.

Mais il y a un arrêt contraire de la Cour de Riom qui a jugé, le 29 janvier 1829 dans la cause Mabru, qu'une telle décision devait être rendue en chambre du conseil, et qu'en cette matière il y avait exception au principe général qui veut que les jugements soient prononcés en audience publique (1).

L'arrêt de la Cour de Riom paraît plus conforme au texte et à l'esprit de la loi.

980. Il est plusieurs circonstances dans lesquelles le mari

(1) V. les deux arrêts dans le Journal de Sirey, 28. 2. 222, et 29. 2. 341; les voir aussi dans le Journal de Dalloz, 26. 2. 161; et 28. 2. 23.

est dans l'impossibilité légale ou physique d'exprimer un consentement : par exemple, s'il est condamné à une peine afflictive ou infamante ;

S'il est interdit ;

S'il est absent ;

S'il est mineur.

La loi y a pourvu par différents articles.

Art. 221. « Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge qui peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ni appelé. »

Sous le Code pénal, du 6 octobre 1791, qui était en vigueur lors de la publication du Code civil, les peines afflictives ou infamantes étaient, la peine des fers, la réclusion, la gêne, la détention, la dégradation civique ou le carcan. (V. l'art. 1er, du titre 4 de cette loi.)

L'article 2 de ce titre ne privait, de tous les droits civils, et ne mettait en état d'interdiction légale, que ceux qui avaient été condamnés aux peines afflctives des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne ou de la détention.

D'après le Code pénal du 12 février 1810, les peines afflictives et infamantes sont 1° la mort ; 2° les travaux forcés à perpétuité ; 3° la déportation ; 4° les travaux forcés à temps ; 5° la détention ; 6° la réclusion. (Art. 7 du Code pénal.)

Les peines infamantes sont 1° le bannissement ; 2° la dégradation civique. (Art. 8.)

L'article 25 du Code civil déclare que la condamnation à la mort naturelle emportera la mort civile.

Suivant l'art. 18 du Code pénal, les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation emportent la mort civile.

Suivant l'article 29 du même Code, les condamnés à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion, sont de plus en état d'interdiction légale.

Les condamnations même qui emportent la mort civile, si elles sont contradictoires, n'ont leur effet, quant à ce, qu'à compter du jour de leur exécution soit réelle soit par effigie. (Art. 26 du Code civil.)

Quant aux condamnations par contumace elles n'emportent la mort civile qu'après les cinq ans qui suivent l'exécution du jugement. (Art. 27 du Code civil.)

Mais pendant les cinq ans ou jusqu'à ce qu'ils se représentent ou qu'ils soient arrêtés pendant ce délai, les condamnés par contumace sont privés de l'exercice des droits civils. (Code civil, art 28.)

Les dispositions de l'article 221 du Code civil s'appliquent à tous les condamnés à des peines afflictives ou infamantes, qu'ils soient ou non contumaces, si, d'ailleurs, ils sont classés dans les catégories des peines qui entraînent l'interdiction légale, et quoique le jugement n'ait été exécuté ni réellement ni par effigie.

L'article 221 ne fait, en effet, aucune distinction. — Quel moyen aurait, d'ailleurs, la femme pour faire expliquer son mari sur son refus d'autorisation ou sur le consentement dont elle aurait besoin? Le mari contumace serait en fuite ou caché, et son asile fût-il même connu de la femme, elle craindrait de le découvrir en lui demandant une autorisation.

Quant à ceux que la mort civile a frappés, conformément aux articles 27 et 28 du Code civil, l'autorisation de la justice n'est pas nécessaire, parce que leurs femmes sont affranchies de la puissance maritale, le mariage même étant dissous quant à tous ses effets civils. (Code civil, art. 25.)

Cependant, si le condamné par contumace est constitué prisonnier après les cinq ans, et absous par un nouveau jugement, il recouvre tous ses droits du jour où il aura reparu en justice, et sa femme rentre alors sous sa puissance, mais

pour l'avenir seulement, la mort civile conservant tous ses effets pour le passé.

Quelle que soit, d'ailleurs, la peine prononcée contre le contumace, pendant les cinq années qui suivent la condamnation ou son exécution, comme il est en état d'interdiction légale, sa femme doit obtenir une autorisation de la justice pour ester en jugement ou pour contracter.

On conçoit que le mari ne peut être entendu, et qu'il ne doit pas être appelé puisqu'il ne pourrait ni se représenter ni exprimer légalement son consentement ou son refus.

Le cas de l'absence du mari et celui de son interdiction judiciaire sont prévus par l'article 222 du Code civil.

rt. 222. « Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme soit pour ester en jugement soit pour contracter. »

Pour compléter la disposition il faut y ajouter les articles 863 et 864 du Code de procédure, ainsi conçus :

rt. 863. « Dans le cas de l'absence présumée du mari, ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, présentera également requête au président du tribunal qui ordonnera la communication au ministère public, et commettra un juge pour faire un rapport au jour indiqué. »

rt. 864. « La femme de l'interdit se fera autoriser en la forme prescrite par l'article précédent, elle joindra à sa requête le jugement d'interdiction. »

Les formes indiquées dans les articles 863 et 864 doivent aussi être employées dans le cas de l'interdiction légale du mari. Car l'interdit dont parle l'article 864 peut s'entendre de toutes les classes d'interdits, du condamné à une peine afflictive ou infamante comme de celui interdit pour cause de démence ou de fureur. D'ailleurs les mêmes motifs doivent faire adopter les mêmes règles, *ubi eodem ratio ibi idem jus.*

981. Si le mari était seulement pourvu d'un conseil judiciaire, il ne serait pas dans l'impuissance moral d'avoir une

volonté et de l'exprimer. La femme ne serait donc pas admissible à demander une autorisation au juge avant de l'avoir d'abord demandée au mari, et d'avoir fait constater son refus par un acte extrajudiciaire.

Cependant si le mari consentait à autoriser sa femme, il serait prudent et peut-être même nécessaire qu'il fût assisté de son conseil judiciaire. Car sans cette précaution on pourrait opposer que celui qui est incapable ne peut conférer à un autre une capacité qu'il n'a point lui-même. L'objection serait appuyée d'un arrêt de la Cour de Paris, du 27 août 1833, et de l'opinion de Magnin, des Minorités et interdictions, tome 1er, n° 909 (1).

Dans tous les cas la nullité ne pourrait être opposée par l'adversaire de la femme. (Cour de cas., 11 août 1840 (2).

982. L'article 863 du Code de procédure a fait cesser une difficulté qui avait été soulevée et non éclairée lors des discussions du Code civil.

L'article 222 parle vaguement du mari *absent*, et l'on avait demandé si cela devait s'entendre de l'absence déclarée judiciairement ou seulement de l'absence du lieu où la femme se trouve? Ce dernier système avait des partisans qui faisaient observer qu'il serait possible que quoique le mari ne fût pas éloigné, il y eût cependant tellement urgence que la femme n'eût pas le temps de prendre son autorisation (3).

Mais une faculté aussi large eût été exorbitante; elle eût pu devenir une source d'abus; elle eût fourni à la femme de faux prétextes pour se jouer de la puissance maritale.

L'article 863 du Code de procédure a expliqué la règle; il a voulu que l'absence fût présumée ou déclarée.

L'absence est présumée lorsque le mari est depuis plu-

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 34. 2. 556, contre l'opinion de Duranton, t. 2. n° 506.

(2) Sirey, 40. 1. 22,858; Dalloz, 40. 1. 274.

(3) Locré, Esprit du Code civil sur l'article 422. V. aussi Toullier, t. 2, n° 651; Duranton, 2, n° 506; Proudhon, 1. 271.

sieurs années éloigné de son domicile ordinaire, lorsque sa résidence actuelle n'est pas connue, lorsqu'en un mot il a cessé de donner de ses nouvelles. Alors, quoique ses dernières nouvelles ne remontent pas à quatre ans, et qu'il ne soit pas encore permis de provoquer devant les tribunaux une déclaration d'absence, cependant il y a à son égard absence présumée ; et de même que cette présomption suffirait pour autoriser le tribunal à pourvoir à l'administration de ses biens s'il n'avait pas laissé de procuration, de même aussi le tribunal pourrait, en connaissance de cause, c'est-à-dire après avoir vérifié les faits, accorder à la femme de l'absent une autorisation qu'elle serait réellement dans l'impossibilité de demander à son mari.

Mais la simple absence de fait du mari ou sa non présence à son domicile ordinaire, lorsque, d'ailleurs, la femme connaît ou peut facilement connaître, à l'aide de quelques perquisitions, le lieu où il se trouve, cette simple absence de fait ne la dispense pas du devoir de lui demander son autorisation personnelle, et de ne recourir au juge qu'autant que le refus du mari serait constaté.

La Cour de cassation a ainsi jugé la question, par arrêt du 15 mars 1837, rapporté dans le Journal de Sirey, t. 37. 1. 547.

Antérieurement, les Cours de Colmar et d'Agen l'avaient décidé dans le même sens, par arrêts des 31 juillet 1810 et 31 juillet 1806 ; ils sont rapportés dans le Journal de Sirey, tome 11. 206, et t. 7. 2. 790 ; v. aussi le Journal de Denevers, t. 9. 2. 17 et 189.

Cependant dans le cas d'une simple absence de fait ou de l'éloignement du mari sans que le lieu de sa résidence soit connu, la femme peut demander l'autorisation de la justice en faisant constater l'éloignement, notamment par un acte de notoriété. (Thomines des Mazures sur le Code de procédure, t. 2, n° 1010 ; voir aussi Toullier, t. 2. n° 65 ; Malleville, t. 1, p. 272 ; Duranton, tome 2, n° 509.)

983. La minorité du mari est une des causes du recours au juge.

« Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme soit pour ester en jugement soit pour contracter. » Art. 224.

« L'autorité du juge intervient si le mari est mineur. Comment celui-ci pourrait-il autoriser les autres quand il a lui-même besoin d'autorisation? (Portalis, Exposé des motifs.)

L'article 224 est une innovation. Dans le droit ancien, le mari mineur pouvait autoriser sa femme pour contracter d'après la maxime *habilis ad nuptias habilis ad consequentias;* mais il ne pouvait l'autoriser pour ester en jugement.

Cette distinction était étrange. Il semble, en effet, que l'intérêt de la femme devait être plus compromis dans un contrat que devant la justice qui pouvait la protéger, et qu'ainsi une autorisation éclairée lui était plus nécessaire en contractant qu'en plaidant.

La femme autorisée par un mari mineur n'était pas admise à se faire relever de son obligation. Mais le mari était lui-même recevable à se faire restituer contre l'autorisation qu'il avait donnée, et l'autorisation étant ainsi annulée, l'obligation de la femme devenait aussi nulle (1).

La loi nouvelle est plus sage en exigeant dans tous les cas l'autorisation du juge. Cette autorisation rend le contrat fait par la femme et la procédure par elle tenue, aussi valables que si elle avait contracté ou procédé sous l'autorisation d'un mari majeur.

984. Le mari mineur doit-il être consulté avant que le juge autorise la femme?

La loi n'en parle pas, et l'autorisation donnée par le juge sans que l'avis du mari mineur fût demandé, serait très-

(1) V. pour l'ancien droit le Recueil de jurisprudence civile de Rousseau-Lacombe, au mot *Autorisation*, sect. 2, n° 6, et les autorités qu'il cite.

régulière, puisque les prescriptions de la loi qui n'exige pas autre chose seraient remplies.

Cependant comme la puissance maritale appartient aussi au mari mineur, Toullier et Vazeilles pensent qu'il serait convenable de le citer à la chambre du conseil pour y donner des renseignements et des explications (1).

Convenable. Oui. Ce serait un hommage rendu à son titre d'époux.

Nécessaire. Non. Son âge ne permettant pas d'avoir en ses conseils une grande confiance, et jetant des doutes légitimes sur la sagesse de son consentement ou de son refus.

Au reste, c'est au tribunal, s'il le juge utile, à ordonner, comme moyen d'instruction, de citer le mari à la chambre du conseil. La femme ne doit pas spontanément l'y appeler.

985. Si les deux époux sont l'un et l'autre mineurs, la femme, quoiqu'elle soit émancipée par le mariage (Code civil, art. 476) et quoiqu'elle ait obtenu l'autorisation du juge pour ester en jugement comme demanderesse, devra aussi y être assistée d'un curateur, si l'objet du litige est un droit immobilier. L'article 482 du Code civil la soumet comme tout autre mineur émancipé à la surveillance protectrice d'un curateur, soit qu'elle intente une action immobilière, soit qu'elle y défende. (Art. 482.)

Quant aux contrats, elle ne pourrait faire, même avec l'autorisation du tribunal, que ceux dont tout mineur émancipé est capable, et en remplissant les mêmes formalités. Car l'autorisation du juge n'ajoute rien à sa capacité légale ; elle lui en permet seulement l'exercice. (V. art. 482 et suivants du Code civil.)

986. Ces observations s'appliquent aussi à la femme mineure dont le mari est majeur. Son mari est son curateur naturel. Il peut l'autoriser soit pour ester en jugement, soit

(1) Toullier, t. 2, n° 655 ; Vazeilles, t. 2, n° 348.

pour tous les actes qui n'excèdent pas la capacité du mineur émancipé. Mais cette autorisation ne lui attribue pas la capacité qui lui manque pour des contrats plus importants. Elle ne peut faire aucun acte, autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites à tout mineur qui jouit comme elle des avantages limités de l'émancipation. (Code civil, art. 484.)

C'est conformément à cette doctrine que par arrêt du 26 mai 1821, la Cour de Toulouse a décidé qu'une femme mineure, quoique mariée, ne peut être marchande publique avec le seul consentement de son mari majeur ; il faut qu'elle obtienne aussi l'autorisation de son père ou à défaut de celui-ci, de sa mère, et si ni l'un ni l'autre n'existent, du conseil de famille dont la délibération devra être homologuée par le tribunal. (Art. 2 du Code de commerce.)

Il faut aussi que cette autorisation soit enregistrée au greffe du tribunal de commerce du lieu où elle veut établir son commerce. (Même article.)

Ces formalités doivent concourir avec le consentement du mari, exigé par l'article 4 du même Code.

Cependant la Cour de Grenoble, par arrêt du 17 février 1826, a jugé que le consentement du mari suffisait à la femme mineure pour faire le commerce (1).

La décision de la Cour de Toulouse paraît plus exacte Duranton la cite et l'adopte. (t. 2. n° 476.)

987. Cet auteur pense aussi que le mari mineur ne peut autoriser sa femme même majeure à faire le commerce, et que celle-ci a besoin de l'autorisation du tribunal. Cette opinion est juste. Elle est une conséquence nécessaire de la règle générale écrite dans l'article 224 du Code.

988. Nous avons parcouru les divers cas où la femme doit obtenir de la justice une autorisation que son mari lui

(1) V. les deux arrêts dans le Journal de Sirey, t. 22. 2. 36, et 26. t. 250 ; le voir aussi dans le Journal de Dalloz, t. 20. 2. 87, et t. 24. t. 137.

refuse ou qu'il est dans l'impossibilité légale ou physique de lui donner.

Il est deux autres cas où ce recours devient aussi nécessaire par une impossibilité morale du mari.

Ce sont ceux où la femme veut demander sa séparation de biens ou sa séparation de corps.

Nous consacrerons un chapitre particulier à cette dernière espèce de séparation.

Pour la séparation de biens nous ne nous occuperons ici que de l'autorisation que doit obtenir la femme pour la former.

Le mode de l'autorisation est réglé par l'article 865 du Code de procédure :

« Aucune demande en séparation de biens, dit cet article, » ne pourra être formée sans une autorisation préalable » que le président devra donner sur la requête qui lui sera » présentée à cet effet. Pourra néanmoins, le président, » avant de donner l'autorisation, faire les observations qui » lui paraîtront convenables. »

Ce mode est fort simple. C'est seulement une formalité à remplir. Le président peut faire des observations à la femme ; mais il ne peut lui refuser l'autorisation qu'elle demande. Il n'est pas appelé dans ce moment-là à juger de l'exactitude des motifs de l'action. Il n'est chargé que de la régulariser par l'autorisation qu'il doit accorder.

Si la femme est mineure, elle doit être assistée d'un curateur, quoiqu'elle n'ait pas alors de biens immeubles ; il peut lui en survenir plus tard, et son action tend à obtenir l'administration libre de ses biens à venir comme celle de ses biens présents (1).

989. Lorsque, sur le refus du mari ou à cause de son interdiction légale ou judiciaire, de son absence, de sa minonorité, la femme s'adresse au tribunal pour être autorisée à ester en jugement ou à contracter, c'est une décision qu'elle provoque. Or, cette décision peut lui être défavorable.

(1) Vazeilles, t. 2, n° 350.

Que doit-elle faire alors?

Elle doit, si elle persiste dans son projet, interjeter appel du jugement qui le paralyse.

Son appel sera recevable?

Lors des discussions de la loi, la Cour de cassation avait proposé de déclarer que la décision du tribunal serait en dernier ressort. Mais c'eût été en faire dépendre des intérêts trop graves.

La proposition fut écartée.

La femme peut donc interjeter appel du jugement qui lui refuse l'autorisation qu'elle demande.

990. Le mari peut aussi se plaindre par cette voie d'une décision qui accorde ce qu'il a refusé lui-même. Arrêt de la Cour de cassation du 25 août 1826. D., 25 1. 9.

Si l'un et l'autres sont mis en présence par une citation donnée au mari en la chambre du conseil, c'est par l'un contre l'autre que l'appel doit être interjeté.

Le mari peut aussi appeler quoiqu'il n'ait pas comparu sur la citation.

Dans les autres cas la femme adresse une requête à la Cour qui statuera sur les conclusions du ministère public.

Mais à la Cour ce n'est pas à la chambre du conseil, c'est en audience publique que cet arrêt comme tout autre doit être rendu. (Code de procédure, art. 461.)

991. Nous terminerons ce paragraphe par une observation qui s'applique aux autorisations donnés par le juge comme à celles accordées par le mari. Il faut que l'autorisation désigne spécialement son objet. Si elle est générale elle ne vaut que pour l'administration des biens. C'est ce que déclare l'article 223 du Code :

« Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.» Art. 22

Cette règle importante est répétée dans les articles 1388 et 1538 du Code.

Ainsi vainement une femme se réserverait-elle par contrat de mariage la faculté de disposer de ses biens, à son gré, seule et sans le consentement de son mari; cette réserve, quelque formelle qu'elle fût, serait insignifiante et nulle comme portant atteinte à la puissance maritale et aux prohibitions écrites dans les divers articles du Code. Elle ne pourrait valoir que pour les actes d'administration. Pour aliéner et pour acquérir à titre onéreux ou gratuit des objets déterminés, ou pour contracter des obligations qui portassent sur les capitaux et sur le fonds de ses propriétés comme pour ester en jugement, la femme serait tenue d'obtenir de son mari ou de la justice une autorisation spéciale à chaque contrat ou à chaque instance.

D'après le même principe, la femme séparée de corps ou de biens, quelque générale que soit l'autorisation que renferme le jugement de séparation, ne peut s'en servir que pour les actes d'administration et pour les instances judiciaires qui en sont l'effet.

Les contrats ou les procès qui dépassent ces limites, exigent pour elle une autorisation nouvelle et spéciale.

Mais le mari peut, par le même acte, donner à son épouse, et une autorisation générale qui ne s'entendra que des actes d'administration, et une autorisation spéciale qui s'appliquera à tous les contrats d'aliénation ou d'obligation qui y seront expressément désignés.

---

§ IV.

Effets de l'autorisation et conséquences du défaut d'autorisation.

SOMMAIRE.

992. *Des effets de l'autorisation à l'égard des tiers.*
993. *Elle ne couvre pas les vices des contrats.*
994. *Des effets de l'autorisation à l'égard du mari qui l'a donnée.*
995. *De ses effets à l'égard de celui-ci si elle est donnée par le juge.*
996. Quid *dans le cas d'une succession acceptée par la femme?* —

Distinction suivant que l'autorisation est ou non donnée par le mari, et suivant le régime du contrat de mariage.

997. Quid *dans le cas d'une donation faite à la femme?*

998. Quid *des quittances de capitaux mobiliers?*

999. *Le mari est-il garant du défaut d'emploi des prix de ventes?*

1000. *Nullité résultant du défaut d'autorisation, et qui peut l'opposer?*

1001. *Cette nullité ne peut plus être proposée si le jugement de condamnation contre la femme a acquis l'autorité de la chose jugée. — Comment l'acquiert-il?*

1002. *La signification faite à la femme seule fait-elle courir le délai de l'appel ou du pourvoi?*

1003. *Le mari pourra attaquer le jugement rendu contre la femme non autorisée. — Par quelle voie?*

1004. *Le mari peut renoncer au moyen de nullité.*

1005. *Mais sa renonciation n'empêche pas la femme de le proposer.*

1006. *Après la dissolution du mariage, comment s'éteint et combien dure l'action en nullité?*

1007. Quid *s'il s'agit d'une obligation contractée par la femme et non exécutée, le délai de l'action en nullité court-il? —* Maxime temporalia ad agendum, etc.

1008. *L'action du mari ou de ses héritiers subsiste-elle après la dissolution du mariage?*

1009. *Si l'existence de l'autorisation est douteuse sur qui retombe la preuve?*

1010. Quid *du défaut d'autorisation lorsque le mariage a été secret?*

1111. Quid *si la femme s'est déclarée veuve?*

1112. *L'action en nullité est un droit attaché à la personne.*

1113. *Si la nullité n'est pas demandée, l'acte a effet du jour de sa date.*

1114. *Les tiers ne peuvent arguer du défaut d'autorisation.*

1115. *La femme mariée peut-elle, sans autorisation, accepter valablement une donation? — Controverse.*

992. Les effets de l'autorisation sont les uns relatifs aux tiers intéressés, les autres relatifs au mari.

A l'égard des tiers, l'autorisation donnée par le mari ou par la justice rend pour la femme la procédure et les contrats valables comme ils le seraient pour tout autre individu non soumis à la puissance d'autrui.

993. Mais elle n'ajoute rien à leur validité sous d'autres rapports.

Si donc la femme a contracté étant mineure, l'autorisation qu'elle a reçue ne la prive pas des priviléges de la minorité et du droit de se faire restituer contre les obligations qu'elle a contractées. (Code civil, art. 1125.)

Si son obligation est sans cause ou fondée sur une fausse cause ou sur une cause illicite, elle peut la faire annuler. (Code civil, art. 1131.)

Si son consentement a été l'effet de l'erreur ou lui a été surpris par dol ou lui a été arraché par violence, elle est aussi admissible comme toute autre personne à agir en nullité ou en rescision. (Même Code, art. 1304.)

En un mot, l'autorisation satisfait à l'exigence de la puissance maritale; mais elle ne couvre pas les vices des contrats et des procédures s'il en existe.

994. A l'égard du mari les effets de l'autorisation qu'il a donnée lui-même dépendent des circonstances.

Si la femme et le mari sont communs en biens, les frais du procès soutenu par la femme autorisée par le mari, même pour ses propres, sont à la charge de la communauté. Car ces frais sont une dette contractée pendant le mariage, par la femme, il est vrai, et pour son intérêt. Mais le mari y a consenti. (Code civil, art. 1409.)

Les mêmes motifs doivent dicter la même décision, quoiqu'il n'y ait entre les époux qu'une communauté d'acquêts.

Si le régime dotal est la loi du mariage, l'autorisation du mari dans les procès de la femme, relatifs aux biens dotaux, le soumet aussi au paiement des frais qui sont exigibles contre la femme Car il s'est rendu son complice en l'autorisant à intenter où à soutenir une mauvaise contestation.

D'ailleurs, il était intéressé lui-même au procès comme ayant la jouissance des biens de la femme. Il doit donc ou acquitter ces frais aux dépens des biens de celle-ci et être ainsi privé du revenu de la somme qui sera consacrée à ce paiement, ou faire les avances des frais sauf à en recouvrer la valeur à la dissolution du mariage. (Arrêt de la

Cour de Riom, du 2 février 1825. D., tome 25. 2. 190.)

Mais si le litige s'applique à des biens paraphernaux à la femme ou pour lesquels celle-ci fût séparée, l'autorisation du mari ne peut le rendre passible d'aucun frais. On ne doit la considérer que comme une simple formalité remplie dans le but de régulariser la procédure; le mari auquel le succès du procès ne produit aucun bénéfice ne doit éprouver par sa perte aucun dommage. (Arrêt de la Cour de cassation, du 24 vendémiaire an 7.)

995. Si l'autorisation a été accordée seulement par le juge, le mari, quel que soit l'objet de l'instance, n'est passible d'aucun frais, et ses droits de jouissance sur les revenus de la communauté ou sur ceux des biens de la femme ne doivent souffrir aucune altération.

Quant aux actes faits par la femme hors jugement, leurs conséquences pour le mari sont différentes suivant qu'il a ou non autorisé l'épouse.

996. Cependant, quel que soit le mode d'autorisation, les dettes d'une succession purement mobilière échue à la femme pendant le mariage sont toutes à la charge de la communauté qui profite aussi de l'actif mobilier. (Code civil, art. 1411.)

Il n'en est pas ainsi lorsque la communauté des époux est réduite aux acquêts. La femme, profitant seule de l'actif mobilier de la succession qui lui échoit, doit seule aussi en supporter le passif, sauf ce qui sera dit plus bas en rappelant les dispositions de l'article 1419.

Si la succession échue à la femme est purement immobilière, et qu'elle l'ait acceptée du consentement du mari, les créanciers de cette succession peuvent poursuivre leur paiement sur tous les biens personnels de la femme sans avoir égard à la jouissance du mari.

Mais cette jouissance doit être respectée, et les poursuites ne peuvent être exercées que sur la nue-propriété des biens personnels de la femme, lorsque ce n'est qu'avec l'autorisation de la justice que la femme a accepté. (C. civ., art 1413.)

Lorsque la succession échue à la femme est en partie mobilière et en partie immobilière, si le mari a autorisé la femme pour accepter, et soit qu'il y ait eu ou non un inventaire régulier, les créanciers de cette succession peuvent poursuivre leur paiement soit sur les biens de la communauté soit sur les biens personnels de la femme, sauf en cas d'inventaire la récompense qui, à la dissolution de la communauté, sera due par la femme au mari, si la quotité des dettes héréditaires payées par la communauté a excédé la portion pour laquelle le mobilier qui est tombé dans la communauté devait contribuer aux dettes, en comparant la valeur de ce mobilier à celle des immeubles qui restent propres à la femme.

Il en est de même, quoique la femme n'ait accepté que sous l'autorisation de la justice s'il n'y a pas eu d'inventaire, et que le mobilier ait été confondu dans la communauté. (Art. 1414, 1415 et 1416 du Code civil.)

Mais si dans ces divers cas la succession n'a été acceptée par la femme que sous l'autorisation de la justice, et qu'il y ait eu inventaire, le mari n'est tenu d'aucune dette ni sur les biens de la communauté ni au préjudice de sa jouissance des biens personnels de la femme. Les créanciers de l'hérédité n'ont d'action que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de l'hérédité même, ou en cas d'insuffisance, sur la nue-propriété seulement des biens personnels de la femme. (Code civil, art. 1417.)

997. Toutes ces règles s'appliquent aussi aux dettes dépendantes d'une donation. (Art. 1418.)

Suivant l'article 1419, « les créanciers peuvent pour-
» suivre le paiement des dettes que la femme a contractées
» avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de
» la communauté que sur ceux du mari ou de la femme,
» sauf la récompense due à la communauté ou l'indemnité
» due au mari. »

Cet article est en harmonie avec les précédents. Car par

acceptation d'une hérédité avec l'autorisation ou le con-
entement du mari, la femme contracte envers les créan-
ers de la succession, l'obligation de les payer, et le mari,
ui l'a autorisée, se soumet aussi par cela même au paiement.

Mais l'autorisation donnée par le mari soit pour accepter
ne succession soit pour contracter une dette, ne soumet le
ari à aucun engagement, si la succession est paraphernale
u si les biens de la femme ont cette qualité, en un mot, si
es biens ne sont pas placés sous la puissance et sous l'admi-
istration maritale, à moins que des circonstansces il ne ré-
ulte qu'il a profité des valeurs héréditaires ou du capital de
ı dette.

Les obligations même relatives aux biens dotaux n'enga-
ent le mari qui les autorise que quant aux intérêts qui
oivent être acquittés aux dépens des revenus qui lui appar-
ennent comme maître de la dot.

998. La femme séparée ou dont les biens sont parapher-
aux, a capacité pour toucher sans autorisation ses capitaux
ıobiliers. Cette réception n'est en effet qu'un acte d'admi-
istration. (Argument de l'article 1459 du Code civil.)

De là on a conclu que si le mari autorisait sa femme dans
quittance, il y avait présomption légale qu'il avait profité
es deniers; et il en devenait responsable lorsqu'il n'y avait
as d'emploi. (Cour de Bordeaux, 11 mai 1833. D., 34. 2. 7.)

999. Il est aussi garant du défaut d'emploi du prix d'une
ente d'immeubles, faite en sa présence et de son consente-
ıent. (Code civil, art. 1450.)

Il y a même raison de le déclarer aussi responsable du
éfaut d'emploi du prix de la vente d'un immeuble para-
hernal, lorsqu'il y a concouru.

Ainsi jugé par arrêt de la Cour de Besançon, du 27 fé-
rier 1811, et par un autre arrêt de la Cour de Limoges,
u 22 juin 1828 (1).

(1) Journal de Sirey, t. 11. 2. 356, et 29. 2. 20; Journal de Dalloz, 11, 2. 217 et 29. 2. 67.

Telle était aussi la jurisprudence autrefois en Auvergne. Chabrol nous l'atteste sur l'art. 9 du chapitre 14 de cette Coutume. Il est vrai que, sous cette ancienne loi, la femme pouvait, sans le concours de son mari, vendre ses biens paraphernaux, et qu'elle n'a pas aujourd'hui cette faculté à moins qu'elle n'obtienne l'autorisation de la justice.

Mais les arrêts cités n'en sont pas moins justes, et l'analogie tirée du cas prévu dans l'article 1450, n'en est pas moins exacte.

Cette sage doctrine prévient la spoliation de la femme.

Au reste, le mari peut éviter sa responsabilité en surveillant l'emploi et en le faisant exprimer dans l'acte de vente ou dans un acte postérieur ; et si la femme ne veut pas le lui faire connaître, il lui est loisible de refuser son consentement pour la vente.

La responsabilité du mari n'existe pas pour le défaut d'emploi si l'autorisation de vendre a été donnée par le juge (art. 1450) ; et celui-ci sans doute ne la donne qu'en connaissance de cause, c'est-à-dire si un emploi utile lui est indiqué.

La même responsabilité pèse sur le mari en faveur de la femme, quoique séparée de biens, lorsqu'il l'a autorisée à vendre un immeuble dotal. Il y a même dans ce cas, contre le mari, une raison de plus tirée de l'inaliénabilité du fonds dotal, inaliénabilité qu'il ne pouvait ignorer, ce qui fait présumer que s'il s'est prêté à la vente c'est parce qu'il en retirait quelque avantage. Il est donc juste qu'on le déclare garant du prix à moins qu'il ne prouve clairement que ce prix a profité à sa femme. (Arrêt de la Cour de cassation, du 11 juillet 1826. D., 26. 1. 414.)

Cette garantie est indépendante de l'action en nullité de la vente, action que les articles 1554 et 1560 accordent à la femme séparée, en sorte qu'elle a deux actions entre lesquelles elle peut opter, une contre le mari en répétition du prix, l'autre contre l'acquéreur en recouvrement de la chose.

1000. Après avoir parcouru les principaux effets de l'autorisation judiciaire ou maritale, nous avons à examiner quelles sont les conséquences du défaut d'autorisation de la femme, soit qu'elle plaide, soit qu'elle contracte.

La disposition de l'article 225 doit nous guider dans cet examen.

« La nullité, fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. » Art. 225.

Ainsi il y a nullité. Mais cette nullité n'est pas absolue; elle n'est que relative; elle ne peut être opposée que par les personnes que désigne la loi : la femme, le mari, leurs héritiers.

S'il s'agit d'une nullité de procédure et de jugement, la femme peut l'opposer en tout état de cause, même en Cour de cassation, pour la première fois. (Arrêt de la Cour de cassation, du 16 prairial an 13; autre du 7 août 1815.)

La femme a ce droit quoiqu'elle n'ait fait pendant le procès aucune démarche pour se pourvoir d'une autorisation; —

Quoique n'ayant pas comparu, elle ait laissé ignorer à ses adversaires l'irrégularité dont elle se plaint pour la première fois;

Quoique même le mari étant frappé d'une condamnation afflictive il n'y eût lieu qu'à l'autorisation de la justice. (Arrêt de cassation, du 29 mars 1808 (1).

Ces décisions sont légales. Car c'est à celui qui plaide contre une femme mariée à s'informer de son état.

1001. Mais il faut que la cause soit encore légalement pendante devant une des juridictions que la loi appelle à l'examiner.

Si condamnée en première instance sans avoir été légalement autorisée, la femme à laquelle le jugement a été signifié régulièrement laisse expirer le délai fatal de trois mois

(1) V. les deux arrêts cités dans le Journal de Sirey, 7. 2. 816, et 8. 1. 217, et dans celui de Denevers, 3. 2. 130; 6. 1. 151.

sans se pourvoir devant la Cour royale, le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée. Ses vices de forme comme ses erreurs au fond disparaissent devant cette autorité, et le jugement doit recevoir son exécution. (V. les art. 443 et 444 du Code de procédure, 1350, 1351 et 1352 du Code civil.)

Cette question a déjà été soulevée, et la Cour de cassation l'a résolue, le 9 octobre 1812, dans le sens que nous venons d'indiquer.

La dame Galy-Pradal avait souscrit un billet de 2,000 fr. pour le paiement duquel elle fut traduite devant un tribunal de commerce.

Elle se présenta, sans être autorisée par son mari, reconnut la dette, demanda un délai, et fut condamnée au paiement par jugement du 2 thermidor an 11 qui lui accorda le délai d'un an.

Ce jugement lui fut signifié le 27 du même mois, elle ne l'attaqua pas dans les trois mois qui suivirent la signification.

En 1807, après le décès de son mari, poursuivie en vertu du jugement, elle en demanda la nullité devant le tribunal civil, en se fondant sur ce qu'elle n'avait été autorisée ni par son mari ni par la justice.

Sa demande fut accueillie par le tribunal, et la décision fut confirmée par arrêt de la Cour de Toulouse, du 9 mars 1810.

Cette Cour avait pensé que la dame Galy-Pradal n'ayant pas été autorisée lors du jugement, la signification qui lui en avait été faite n'avait pu faire courir contre elle aucun délai pendant la vie de son époux; et que ce jugement rendu contre une personne sans qualité pour ester en justice, ne devait être considéré que comme tout autre acte dont la femme a le droit d'arrêter l'exécution, quand elle l'a passé sans autorisation, conformément au Code Napoléon.

Le premier motif sur le délai n'était exact sous aucun

rapport. La loi du 24 août 1790 titre 5, art. 14, fait courir ce délai sans aucune distinction contre toutes personnes à compter de la signification du jugement.

Au reste, si le délai n'avait pas couru, c'était par la voie de l'appel non par celle de l'action en nullité que la femme devrait se pourvoir.

Les motifs sur le fond étaient d'une erreur frappante. Un jugement ne peut être assimilé à un acte ordinaire; il n'est pas l'ouvrage des parties et il ne peut dépendre de l'une d'elles de le considérer comme tel. Il est l'ouvrage des magistrats ; il doit donc être attaqué dans les formes et dans les délais déterminés par la loi. Il serait évidemment absurde de le considérer comme un acte ordinaire à l'égard de la femme, tandis qu'il aurait le caractère de jugement à l'égard des autres parties.

Le défaut d'autorisation dans un jugement ne constitue pas une nullité absolue, il ne produit qu'une nullité relative qui peut être couverte par une renonciation; et le silence gardé pendant le délai de l'appel ou du pourvoi est une renonciation à la nullité.

Comment admettre aussi que la femme pût demander par action principale devant un tribunal de première instance la nullité d'un arrêt rendu contre elle en la Cour royale ou de cassation? Tels furent les moyens invoqués contre la décision de la Cour de Toulouse.

Cette décision fut cassée, le 7 octobre 1812. Voici le texte des motifs de l'arrêt de la Cour de cassation :

« Vu l'art. 5 du titre 27 de l'ordonnance de 1667, et l'article 14 du titre 5 de la loi du 24 août 1790;

» Considérant que le jugement du 2 thermidor an 11, était un véritable jugement, rendu après avoir entendu les parties contradictoirement, et revêtu de toutes les formes prescrites par la loi ;

» Que le législateur a établi et déterminé les moyens par lesquels il a permis d'attaquer les jugements, et qu'il a fixé

les délais, pendant lesquels seuls lesdits moyens peuvent être employés ;

» Qu'au nombre de ces moyens n'est point la demande principale en nullité des jugements, lorsque ceux-ci ont été rendus par des juges autres que des arbitres ;

» Que la Cour impériale de Toulouse a introduit un nouveau moyen d'attaquer les jugements, en accueillant une demande principale en nullité contre ces jugements, et qu'elle a violé les lois citées, puisque celle de 1790 ne donnait que trois mois pour relever appel, et que faute d'appel dans le délai utile, celle de 1667 avait donné au jugement de thermidor an 11 l'autorité de la chose jugée. Casse, etc. (1). »

Tous ces motifs seraient applicables à un jugement de condamnation rendu aujourd'hui contre une femme mariée non autorisée. Car l'article 443 du Code de procédure, fixe comme le faisait la loi de 1790, le délai d'appel à trois mois à compter du jour de la signification du jugement à la personne ou au domicile de la partie condamnée, et l'article 444 déclarant que ce délai emporte déchéance sous cette dernière loi comme sous l'ordonnance de 1667, après l'expiration du délai le jugement a l'autorité de la chose jugée.

1002. Il importerait peu que la signification du jugement n'eût pas été faite au mari. La signification faite à la femme ferait courir le délai contr'elle ; les art. 443 et 444 n'exigent pas pour le cours du délai cette double signification ; ils déclarent, au contraire, que le délai court contre toutes parties du jour où la signification leur a été faite, et que les délais emportent déchéance du droit d'appel.

Au reste, aucune disposition législative n'annule les exploits notifiés à la femme mariée sans l'être au mari, et l'article 225 du Code, qui parle seulement de la nécessité de l'autorisation de la femme pour ester en jugement, est

(1) Journal de Denevers, t. 11. 1. 97 (année 1813).

'anger aux formes et au mode de toute signification de gement. Nous ne pouvons partager sous ce rapport l'o-ıion de M. Vazeilles qui pense que le délai ne court pas ntre la femme non autorisée si la signification du jugement est faite qu'à elle seule. C'est créer contre cette significa-ın une nullité que la loi ne prononce pas. (V. le Code de océdure, art. 1030 (1).

Une fin de non-recevoir semblable écarterait l'action de femme mariée contre un arrêt lors duquel elle n'aurait s été autorisée; si elle ne l'attaquait pas par un pourvoi ı cassation dans les trois mois de la signification de l'arrêt, e serait obligée de l'exécuter.

1003. Mais les significations faites à la femme seraient ns effet contre le mari; elles ne pourraient le priver du oit de faire annuler le jugement entâché du défaut de son ıtorisation.

La signification qui lui serait faite à lui-même ne ferait son égard courir aucun délai, et ne produirait pas de dé-éance. Le délai d'appel, le délai du pourvoi en cassation pourraient lui être opposés; ces deux voies n'appartenant ı'à ceux qui ont été parties au jugement ou à l'arrêt.

Cependant ces décisions sont nulles d'une nullité qu'il ınt opposer.

Quels moyens emploiera-t-il?

Celui de l'intervention si la femme a interjeté elle-même ıpel. (V. C. de pr., art. 466.)

Et s'il n'y a pas d'instance pendante, celui de la tierce-op-ısition. (V. art. 474 du Code de procédure.)

La tierce-opposition sera recevable puisque le mari aurait ı être appelée dans l'instance en sa qualité et pour autori-r la femme.

Quant à son succès, au fond, il ne sera pas douteux d'a-ès les dispositions de l'art. 225 du Code civil.

(1) Vazeilles, n° 379, t. 2, p. 127.

Quelques auteurs parlent aussi de requête civile.

Mais ils n'ont pas remarqué que la requête civile n'appartient qu'à ceux qui ont été parties ou dûment appelés lors du jugement. (Code de pr., art. 480.)

1004. Le mari, qui a plaidé en 1re instance et en appel contre sa femme sans lui opposer le défaut d'autorisation, n'est pas recevable à proposer ce moyen devant la Cour de cassation ; c'est un droit personnel auquel il a pu renoncer. (Cour de Cassation, 16 novembre 1825 (1).

Ne pourrait-on pas dire aussi qu'en plaidant contre sa femme il l'a implicitement autorisée à plaider elle-même?

Au reste, la fin de non-recevoir admise par la Cour de cassation paraît devoir être appliquée même en faveur des tiers à tous les cas où le mari aurait renoncé, par quelque acte ou par quelque fait, expressément ou tacitement, à la nullité résultant du défaut d'autorisation, pourvu cependant que l'acte ou le fait fussent conformes à ce que prescrit l'article 1338 du Code civil sur le mode de la ratification ou de l'exécution nécessaires pour couvrir les nullités.

Ainsi, par arrêt du 23 janvier 1809, la Cour de Riom a déclaré un mari non-recevable à critiquer une vente de coupe de bois que la femme avait faite sans autorisation, mais qu'il avait exécutée.

Un arrêt de la Cour de Colmar, du 28 novembre 1816 a rejeté l'action du mari contre un partage fait par sa femme non autorisée, parce qu'il avait possédé pendant cinq ans le lot échu à sa femme par le partage.

Un arrêt de la Cour de Dijon a refusé aussi d'annuler sur la demande du mari une transaction faite par sa femme mais qu'il avait exécutée. L'arrêt est du 1er août 1818.

1005. Quant à la femme elle-même, elle ne pourrait renoncer valablement à la nullité qu'avec le consentement ou le concours de son mari. Toute renonciation isolée de sa part, se-

(1) Dalloz, t. 26. 1. 56.

t vicieuse et par conséquent resterait sans effet. (Ar-
e 225, Code civil.)

Les deux dernières observations s'appliquent aussi aux
llités des contrats consentis par la femme sans autorisa-
n.

Dans les deux cas, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'un juge-
nt ou d'un contrat, la ratification seule du mari ne pri-
rait pas la femme du droit d'invoquer la nullité. Nous
vons démontré dans le paragraphe précédent.

1006. Après la dissolution du mariage cette nullité s'ef-
e par les actes de confirmation et de ratification ou par
faits d'exécution volontaire émanés de la femme ou de
héritiers comme par ceux du mari. Toullier cite comme
emple de la règle le paiement fait par la femme devenue
uve, d'une obligation qu'elle avait contractée sans auto-
ation pendant le mariage.

Si depuis la dissolution du mariage dix ans se sont écoulés
ns réclamation contre le contrat que la femme mariée aurait
ssé sans autorisation, l'action en nullité est éteinte. Ce
ng silence constitue de la part de la femme ou de ses hé-
iers une ratification tacite qui équivaut à une ratification
presse. L'article 1304 du Code civil repousse toute action
térieure, et il s'applique à toutes les nullités relatives,
r conséquent aussi à celle établie par l'article 225.

1007. Mais cette fin de non-recevoir s'applique-t-elle
ssi aux obligations passives contractées irrégulièrement
r la femme, et dont l'exécution n'est demandée contr'elle
contre ses héritiers que plus de dix ans après la dissolution
mariage?

La réponse doit être négative.

Aucun laps de temps ne peut empêcher celui contre lequel on
rme une demande fondée sur un titre de soutenir que ce titre
t nul. Car on ne peut obliger personne d'agir en justice par
èvision. Celui contre lequel on ne demande rien n'a rien
lemander lui-même. La prescription ne commence contre

l'exception que lorsque l'action est intentée ; l'exception ne peut naître qu'après l'action.

L'action en nullité est une action révocatoire qui suppose une convention exécutée. Tant que l'action n'a pas eu lieu l'action n'est pas nécessaire, l'exception suffit et elle peut être opposée en tel temps que ce soit. *Quæ sunt temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum* (1).

Cette maxime, tirée des lois romaines, doit s'appliquer à la femme devenue veuve comme au mineur devenu majeur.

Si celui, au profit duquel la femme mariée aurait contracté une obligation sans être autorisée, n'en réclame l'exécution que plus de dix ans après la dissolution du mariage de la débitrice, celle-ci peut encore opposer par exception la nullité du titre, parce que le créancier n'est pas censé avoir possédé contr'elle, pendant tout ce temps, une créance dont il n'a fait aucun usage, et parce que la prescription ne court pas en faveur de celui qui ne possède pas contre celui qui possède (2).

Mais s'il s'agit d'un contrat qui ait reçu son exécution pendant le mariage, si par exemple, une femme mariée a vendu un immeuble sans autorisation et que l'acquéreur s'en soit mis en possession, la femme dépossédée ou ses héritiers doivent demander la nullité du contrat avant l'expiration des dix années à compter du jour de la dissolution du mariage, sinon ils sont déchus de tous droits.

1008. Tant que le mariage dure, le mari comme la femme a le droit de faire prononcer la nullité des actes passés sans son autorisation ; indépendamment de ses intérêts matériels qui peuvent l'exiger, il a l'intérêt moral de sa puissance maritale qui a été méconnue ; mais après la dissolution du mariage, l'action en nullité ne peut lui appartenir ni à lui-

(1) Toullier, t. 7, n° 600 et suivants ; Delvincourt, t. 2, p. 597-599.

(2) Merlin. Répert., v° *Prescription*, sect. 2, § 25 ; Troplong, *Prescription*, n° 827 ; Duranton, t. 12, p. 667, est d'un avis contraire.

même ni à ses héritiers, s'il ne résulte pour eux aucun préjudice du contrat fait par la femme non autorisée. Alors la puissance maritale n'existant plus son intérêt moral n'est plus à conserver ou à venger. Si donc il n'existe pas d'intérêt d'une autre nature, si par exemple le contrat fait par la femme ne prive le mari ou ses héritiers d'aucun droit d'usufruit ou de propriété, pourquoi et dans quel but seraient-ils admis à demander la nullité du contrat? Il est de principe élémentaire que l'intérêt est la mesure de toute action.

D'ailleurs, quel serait l'effet d'une demande dont le succès même n'empêcherait pas la femme ou ses représentants d'exécuter l'acte s'ils ne voulaient pas eux-mêmes en réclamer la nullité?

1009. Nous avons dit avec l'article 225 du Code que tout jugement rendu contre la femme non autorisée était nul, que tout contrat consenti par elle pouvait aussi être annulé.

Mais s'il s'élève des doutes sur l'existence de l'autorisation, sur qui doit-on faire peser la preuve?

Sur la partie qui allègue cette existence, sans aucun doute. C'est à elle de justifier son assertion puisque de la vérité du fait dépend la validité de l'acte, *ei qui dicit non ei qui negat incumbit probatio*. La femme ou le mari n'ont pas à établir un fait négatif; il leur suffit que l'acte même ne porte pas dans son contenu la preuve de l'autorisation donnée pour qu'ils aient le droit de soutenir jusqu'à preuve contraire que la formalité a été omise, et d'en conclure qu'il y a nullité. (Arrêt de la Cour de Paris, du 2 janvier 1808.)

1010. Il est cependant un cas où cette omission ne pourrait être invoquée. C'est celui où le mariage aurait été tenu secret. Il y a dol alors, de la part de la femme et du mari, et le dol fait exception à toutes les règles : *Nemini fraus sua servit*. (Arrêt de la Cour de cassation, du 1er septem. 1808. D., 2. p. 707, n° 1.)

D'ailleurs, l'erreur commune se change en droit : *Error*

communis facit jus. La Cour d'Agen a appliqué cette dernière maxime à une donation entre-vifs faite sans autorisation par une femme mariée mais dont le mariage avait été tenu secret. L'arrêt est du 18 novembre 1832. (D., 32. 2. 31.)

Mais ce cas sera rare dans l'application. Il faudra que non-seulement l'existence du mariage ait été couverte d'un voile épais, mais encore qu'il n'eût pas été possible à la partie intéressée de lever ce voile. Si elle a été imprudente, elle doit subir la peine de son imprudence. Une doctrine contraire serait trop dangereuse pour les femmes qui se seraient unies en mariage à quelque distance du lieu où elles ont depuis fixé leur résidence. Il serait trop facile d'abuser de leur faiblesse ou de leur ignorance en les faisant contracter comme libres.

1011. Les mêmes motifs de dol ou d'erreur commune pouvent faire déclarer valables des actes passés sans autorisation par une femme mariée, lorsque l'on a dû croire que son mari était mort; par exemple, lorsque des certificats en bonne forme attestaient le décès (1).

La Cour de cassation, par un arrêt du 15 juin 1824, a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Grenoble qui se fondant sur le dol d'une femme mariée avait déclaré valable une obligation dans laquelle cette femme avait pris la qualité de veuve (2).

C'est surtout dans les circonstances qui entourent les actes que l'on doit chercher la solution des questions qui s'élèvent sur leur validité.

1012. Restreinte dans ses effets comme dans son caractère, la nullité déclarée par l'article 225 ne peut être invoquée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers.

L'action qu'autorise cet article est un droit attaché aux personnes mêmes qu'il désigne. C'est ce qu'indique la

(1) V. sur ces questions, Pothier, *Puissance maritale*; Toullier, t. 2, n° 625; Vazeilles, t. 2, p. 46; Duranton, t. 2, p. 424.

(2) S., 2. 707.

lettre même de l'article ; c'est ce que prouve aussi l'esprit qui l'a dicté.

La lettre de l'article est limitative. En effet, pourquoi, après avoir parlé du mari et de la femme, y désigner aussi spécialement leurs héritiers, si ceux-ci n'étaient pas les seules personnes auxquelles le législateur avait entendu attribuer le même droit.

Cette désignation eût été évidemment superflue, surabondante, inutile. L'énonciation du droit pour le mari et pour la femme, combinée avec le principe général qui veut que chacun puisse transmettre à ses ayants-cause tous les droits qui lui appartiennent, eût suffi pour conférer la faculté aux héritiers de la femme et du mari comme à tous leurs autres ayants-cause comme à tous leurs représentants à quelque titre que ce fût, c'est-à-dire à leurs cédataires, à leurs créanciers. (V. l'article 1166 du Code civil.)

Parler des héritiers et ne parler que d'eux, c'était, ce ne pouvait être que pour exclure tout autre ayant-cause.

L'esprit de la règle démontre aussi que l'action en nullité est un droit exclusivement attaché à la personne. Les discussions du Conseil d'Etat nous apprennent, en effet, que la demande d'autorisation est prescrite pour la femme comme devoir d'obéissance, pour le mari comme hommage rendu à sa puissance.

Le mari peut y avoir un autre intérêt, celui d'empêcher que la femme, par des aliénations indiscrètes, ne tarisse la source de ses revenus et ne s'ôte les moyens de contribuer aux dépenses du ménage.

Mais ce dernier motif est étranger aux créanciers de l'un des époux comme à ceux de l'autre ; et ils ont encore moins le droit d'argumenter de ceux qui s'appliquent à des devoirs de sentiment ou de morale.

Une dernière raison décisive contre l'action des créanciers provient de ce que l'autorisation peut avoir été réellement demandée par la femme et accordée par le mari, quoi-

que l'acte ne l'énonce pas; et, si la femme et le mari, respectant leur propre fait quoiqu'il ne soit connu que d'eux, n'abusent pas de l'omission de l'acte pour demander la nullité du contrat, comment pourrait-il être permis à leurs créanciers d'en abuser eux-mêmes pour faire annuler un acte que n'attaquent pas ceux qui y seraient les plus intéressés?

Deux arrêts des Cours d'Angers et de Grenoble ont jugé que les créanciers de la femme n'étaient pas recevables à exercer les droits de leur débitrice pour faire annuler un acte qu'elle aurait consenti sans y être autorisée.

A plus forte raison, cette jurisprudence doit-elle frapper les créanciers du mari (1).

1013. L'arrêt du 2 août 1827 juge aussi que le contrat fait par la femme pendant le mariage produisait à l'égard des tiers son effet dès le jour de l'acte; qu'une inscription prise à cette date devait primer celles que d'autres créanciers de la femme avaient faites postérieurement; que la ratification de l'obligation faite par la femme, après le décès du mari, n'avait pas changé la nature de l'acte primitif; qu'elle n'avait que l'effet d'une renonciation à un droit réservé à la femme par l'art. 225; mais qu'elle ne faisait pas que l'acte primitif ne fût pas valable à l'égard des tiers et que ceux-ci n'étaient pas recevables à en demander la nullité ni par conséquent à quereller l'inscription qui en avait été l'exécution.

Cette seconde partie de la décision était une conséquence nécessaire de la doctrine admise dans la première partie. Car si non-seulement la nullité n'est que relative, mais si même le droit de la demander est purement personnel, l'acte subsiste dans toute sa force du jour de sa date, sauf l'exercice de l'action en nullité réservée à la femme, action éventuelle qui pouvant ne jamais être exercée, ne peut avoir, à

(1) Arrêt d'Angers du 1er août 1810, et de Grenoble, du 2 août 1827, S., 14. 2. 144; et 28. 2. 186; D., 10. 2. 32; et 26. 2. 95.

gard des tiers, aucune influence sur l'exécution intermé-
aire du contrat.

1014. Quant aux personnes qui ont plaidé ou contracté
ec la femme non autorisée, elles ne peuvent arguer du
faut d'autorisation; à leur égard l'acte et le jugement
nt aussi réguliers, aussi parfaits que s'il y avait eu autori-
tion expresse.

Mais dans les instances judiciaires, pour éviter les consé-
uences du défaut d'autorisation, ceux qui plaident avec la
mme, si elle est défenderesse, ont la faculté de la faire
itoriser par le tribunal, et si elle est demanderesse, le droit
exiger qu'elle régularise sa procédure; qu'à cet effet elle
fasse autoriser par la justice ou par son mari, et que jus-
ie-là toute audience lui soit déniée.

1015. Une question importante divise les auteurs. Elle
t relative aux donations entre-vifs faites aux femmes ma-
ées, et acceptées par elles, mais sans qu'elles soient auto-
isées ni par leurs maris ni par la justice.

La nullité qui résulte de l'irrégularité de l'acceptation peut-
le être invoquée par le donateur et ses ayants-cause comme
ir la donataire et son mari?

Oui, selon plusieurs auteurs des plus recommandables,
parmi eux MM. Grenier, Merlin, Delvincourt, Rolland
Villargues (1).

Tous ces auteurs pensent que la nullité est absolue.

Non, selon d'autres auteurs dont l'opinion est également
issante : Duranton, Toullier, Guillon, Vazeilles (2).

Selon ces derniers auteurs, la nullité n'est que relative.

(1) Grenier, t. 1er, no 61 bis; Merlin, Répertoire, add. t. 16, vo *Do-
ation*; Proudhon, Cours de droit Français, t. 1er, p. 473; Delvin-
urt, p. 472, note 4; Rolland de Villargues, vo *Acceptation de donation*,
38. V. aussi l'opinion conforme de Dalloz aîné, Dict. de Jurisp., t. 5,
512, no 34.

(2) Duranton, t. 8, no 435; Toullier, t. 5, no 193; Guillon, *des Do-
ations*, t. 1er, p. 401; Vazeilles, *du Mariage*, t. 2, no 386.

Les termes exprès, disent-ils, et l'autorisation sont deux conditions distinctes dans l'acceptation. La première, la nécessité de l'acceptation, est commune à tous les donataires; la seconde, la formalité de l'autorisation, est particulière aux femmes mariées, et elle ne leur paraît pas imposée spécialement d'une manière plus irritante par l'art. 934 du Code civil que par la disposition générale des articles 215 et 217. La nullité de l'acceptation qui n'a pas été autorisée n'est pas d'une nature différente de la nullité des autres contrats faits sans autorisation. Il n'est pas permis de faire une distinction que la loi n'a pas faite. Si l'art. 942 accorde aux femmes un recours contre leurs maris, ce recours n'a trait qu'à l'absence de l'acceptation même non à celle d'une autorisation.

Ces raisons sont graves; mais sont-elles décisives?

Pour les apprécier, il faut rappeler les expressions mêmes de la loi, les comparer aux anciens principes du droit français, rechercher si le législateur a voulu innover, se fixer enfin sur la jurisprudence.

Les règles sur la question sont contenues dans les articles 932, 934, 942.

Suivant l'art. 932 : « La donation entre-vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. »

L'article 934 dit que « la femme mariée ne pourra accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas de refus du mari, sans l'autorisation de la justice, conformément à ce qui est prescrit aux articles 217 et 219 au titre du Mariage. »

Enfin, l'art. 942, qui s'applique aux mineurs, aux interdits et aux femmes mariées, trois sortes de personnes par lesquelles une donation ne peut être acceptée sans autorisation, déclare que « les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne seront pas restituées contre le défaut d'acceptation... sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris s'il

y échet, et sans que la restitution puisse avoir lieu dans le cas même où lesdits tuteurs ou maris se trouveraient insolvables. »

Si nous comparons ces règles à celles de l'ancien droit, nous remarquerons que la nécessité de l'autorisation des femmes mariées pour l'acceptation d'une donation avait été établie par l'article 9 de l'ordonnance de février 1731, ouvrage de l'immortel d'Aguesseau, et que cette nécessité était tellement reconnue que l'on considérait comme absolument nulle la donation qu'une femme mariée acceptait sans y être autorisée par son mari ou par la justice. Cette doctrine ancienne nous est attestée par Furgole, sur l'art. 9 de l'ordonnance, par Pothier, *des Obligations*, n° 52; par Ricard, *des Donations*, partie 1re, chapitre 4.

On oppose que dans le droit ancien il y avait *nullité absolue* pour toutes les espèces de contrats faits par la femme non autorisée, et qu'il n'en est pas ainsi sous le Code civil.

Cela est vrai. Mais pourquoi? Parce que le nouveau législateur a modifié, quant aux contrats ordinaires, le principe ancien par la disposition formelle de l'art. 225 qui restreint l'action en nullité aux personnes qu'il désigne.

Mais une restriction semblable n'a pas été posée dans le titre des Donations, dans lequel le législateur a cependant impérativement prescrit non-seulement l'acceptation de la femme mariée, mais encore son autorisation pour la validité de l'acceptation et par conséquent de la donation.

Pourquoi en répétant la règle prohibitive dans le titre spécial des Donations, le législateur n'eût-il pas répété la règle limitative si telle eût été son intention?

Pourquoi aussi eût-il, à défaut d'acceptation, accordé à la femme un recours contre le mari, recours que l'ordonnance même de 1731 n'accordait pas, si la femme eût pu accepter sans être autorisée? Ce recours n'est évidemment accordé qu'à raison de l'absence d'autorisation lorsque le mari la refuse, et par ce que cette absence rend l'accepta-

tion de la femme insignifiante et nulle. Car ce n'est pas le mari qui peut accepter ; il peut seulement autoriser l'acceptation.

Déjà, la combinaison des trois articles cités et ces expressions irritantes de l'art. 934 : *La femme mariée ne pourra accepter*, ces termes si impérieusement prohibitifs et qu'aucun article postérieur ne modifie, ce recours accordé au mari et qui serait bizarre et irréfléchi si le mari et la femme ou leurs héritiers pouvaient seuls arguer du défaut d'autorisation, toutes les diverses parties de la loi, considérées dans leurs détails et dans leur ensemble ne permettent pas d'hésiter à dire que l'acceptation faite par une femme non autorisée n'existe pas légalement, et que sa nullité absolue entraîne celle de la donation.

Mais on en doutera moins encore si l'on consulte les discussions qui ont préparé et les motifs qui ont dicté ces règles.

On a vu que l'article 934 rappelle les articles 217 et 219 et prescrit de s'y conformer pour l'autorisation.

Ce rappel n'a pas été fait sans cause, il a eu pour motif précisément d'indiquer que l'on voulait faire, au titre des Donations, *un classement particulier des capacités relatives à la matière.*

C'est ce que nous apprennent les observations de la Section du tribunat ; en voici les termes :

« Quant à l'addition proposée, elle a paru convenable, » pour que cet article ne parût pas autant une répétition » absolue des art. 217 et 219 du titre du Mariage, qui » *sous ce rapport serait au moins inutile.* L'addition prou- » vera que les dispositions de ces articles n'avaient pas été » oubliées, et qu'on les rappelle ici, *parce qu'il s'agit de* » *faire un classement particulier des capacités relatives à la* » *matière des donations*, qui fait l'objet du présent titre. »

On doit dire que cette observation de la Section du Tribunat fut faite d'abord sur l'art. 905, lors duquel elle proposa et fit adopter l'addition du rappel des art. 217 et 219.

Mais elle la renouvela par les mêmes motifs sur l'article 934 auquel elle fit ajouter le même renvoi. (Législat. de Locré, t. 11, commentaire 12, nos 5 et 27.) Exiger dans l'art. 934 que la femme soit autorisée pour accepter une donation et y rappeler les art. 217 et 219 dans le but de faire *un classement particulier des capacités* relatives aux donations, et cela sans faire aucune mention de l'art. 225, n'est-ce pas annoncer que l'art. 225 ne s'applique pas aux donations, et par conséquent qu'en cette matière il y a nullité absolue qui peut être invoquée par les deux contractants et tous leurs ayants-cause ?

Les motifs de la loi confirment cette opinion :

« Les bonnes mœurs et l'autorité du mari ont toujours » exigé que la femme mariée ne pût accepter une donation » sans le consentement du mari ou à son refus sans l'auto- » risation de la justice. » (Bigot-Préameneu, Exposé des motifs.)

L'intérêt des mœurs serait compromis et par conséquent l'ordre public blessé par l'absence de l'autorisation de la femme, en matière de donation ; car cette autorisation est nécessaire pour garantir la pureté de la cause de la libéralité. L'inconvénient est beaucoup moins grave pour les autres espèces de contrats dans lesquels il y a entre les contractants des sacrifices réciproques.

Enfin la question est nettement tranchée dans le rapport fait au Tribunat par Jaubert. On lit y ces expressions remarquables :

« L'acceptation, qui ne lierait pas le *donataire* ne saurait » *engager le donateur;* ainsi il est naturel que la femme ma- » riée ne puisse accepter sans le consentement de son mari ou » l'autorisation de la justice.» (Locré, Législat. civ., t. 11, Comm. 14, n° 37, et comm. 15, n° 42.)

Donc sans cette autorisation il y a nullité dans l'intérêt des deux contractants ;

Donc cette nullité est absolue et appartient aux tiers comme à la femme elle-même ou au mari.

C'est dans ce sens que s'est manifestée la jurisprudence de deux Cours royales : de la Cour de Toulouse par un arrêt du 27 janvier 1830, de la Cour de Limoges par un arrêt du 13 avril 1836.

Le dernier arrêt se fonde dans un de ses motifs sur l'ancienne jurisprudence.

Mais on y remarque surtout trois motifs tirés de la loi nouvelle.

« Attendu que la femme Chartrier était mariée, et que » cependant elle n'a pas été autorisée à accepter la donation » dont il s'agit ni par son mari ni par la justice ;—*que, dès-* » *lors, son acceptation était nulle* ;

» Attendu qu'à défaut d'acceptation valable il n'y a pas » de donation. Car c'est l'acceptation qui forme le lien sy- » nallagmatique, et ce lien, à son tour, imprime à la dona- » tion cette irrévocabilité qui en est le trait distinctif ;

» Attendu que cette vérité est confirmée par l'art. 928 » qui porte que la donation *dûment acceptée* est parfaite » par le seul consentement des parties ; — Qu'il n'y a d'ac- » ceptation *dûment faite*, respectivement à la femme ma- » riée que celle qui est accompagnée du consentement du » mari ou de l'autorisation de la justice. »

Les autres motifs énoncent plusieurs des arguments que nous avons ci-dessus développés.

Le système adopté par les deux arrêts cités paraît le seul conforme à la lettre et à l'esprit de la loi, le seul vrai (1).

CHAPITRE II.

Droits et avantages respectifs qui, entre les époux, résultent de leur qualité.

Certains de ces droits sont attribués par la loi même.

(1) V. les arrêts dans le Journal de Sirey, t. 30. 2. 242 ; et 36. 2. 241.

D'autres ne consistent que dans la faculté de se faire entre époux des avantages non autorisés entre d'autres personnes.

Section Ire.

Des droits attribués aux époux par la loi même.

SOMMAIRE.

1016. *Chez les anciens peuples et aujourd'hui chez les peuples d'Orient les femmes vivent isolées.*
1017. *Parmi nous elles doivent jouir des avantages de l'état des maris.*
1018. *Quels sont leurs droits si une femme étrangère est introduite dans la maison maritale ?*
1019. *Des droits à la tutelle de l'un des époux interdit.*
1020. *Des droits d'opposition à l'adoption et à la reconnaissance d'un enfant naturel.*
1021 *Du droit de succession attribué aux époux. — Origine de ce droit.*
1022. *Il n'est pas effacé par la séparation de corps.*
1023. *Formalités à remplir pour l'exercer.*
1024. *De quelques autres formalités non prescrites par la loi.*
1025. *Si un héritier régulier se présente l'époux ne devra-t-il pas la restitution des fruits?*
1026. *Il devra restituer le mobilier et les immeubles.*
1027. *Sera-t-il tenu des dégradations et aura-t-il droit aux améliorations ?*
1028. Quid *s'il n'a pas rempli les formalités prescrites ?*

1016. En général, en accordant des droits la loi impose aussi des devoirs.

Ainsi toutes les obligations dont avons traité dans le chapitre précédent ont leur principe dans les droits qui appartiennent à l'un des époux à l'égard de l'autre; il serait donc superflu d'énumérer ces droits dans ce chapitre deux, qui n'est destiné qu'à faire connaître ceux que le chapitre précédent n'indique pas.

Un des principaux droits attachés au mariage c'est pour chaque époux de participer aux avantages de l'existence sociale de celui auquel il est uni, comme une des principales obligations est d'en partager les maux autant que cette participation et ce partage sont possibles.

1017. Il n'en était pas ainsi chez les anciens; les femmes vouées à la retraite, renfermées dans leur gynécée, y traînaient une existence obscure, consacrée toute entière aux travaux domestiques. Les épouses des Miltiades, des Cimon, des Périclès étaient à peine connues des Athéniens, et ces respectables matrones romaines, dont parle trop rarement l'histoire, ne voyaient jamais réfléchir sur leurs fronts l'auréole d'éclat et de gloire qui ornait les patriciens, les consuls, les dictateurs.

Ces mœurs antiques et sévères se sont conservées intactes dans l'Orient. Aujourd'hui encore les femmes des puissants de la terre et de tous ceux qui peuvent briller par leurs richesses ou leur état social, sont toujours en quelque sorte ensevelis dans la monotone solitude des Harems.

1018. Pour nous, peuples de l'Occident, que la civilisation a éclairés, dont les mœurs ont été adoucies par les affections de famille, et qui, conservant d'ailleurs les usages des Gaulois et les Germains nos aïeux, n'achetions pas nos épouses mais en recevions des dots, nous les avons toujours considérées comme d'aimables associées que la loi et le sentiment plaçaient dans la maison commune sur un pied d'égalité presque parfaite; et elles ont toujours partagé les titres, l'état et tous les avantages de la position sociale que les circonstances nous avaient donnés.

En refuser la participation à la femme, l'isoler dans la maison commune, ne pas la recevoir à sa table, l'exclure de ses relations de société, n'avoir avec elle aucun de ces rapports que l'affection sollicite et que la loi commande, ce n'est pas la traiter maritalement, c'est la priver de ses droits, c'est l'outrager, c'est l'avilir; c'est l'autoriser aussi à s'éloi-

gner du domicile marital où elle n'est tenue de résider qu'autant qu'elle y est honorée comme épouse et respectée comme mère de famille.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 20 janvier 1830, a décidé que le mari, obligé de recevoir sa femme et de la traiter maritalement, ne remplit pas cette obligation en lui abandonnant une partie de l'appartement qu'il occupe, en mettant un domestique à son service, et en lui accordant une somme déterminée pour ses besoins; il ne peut, par ce moyen, dit l'arrêt, refuser de l'admettre à sa table, de la laisser servir par ses propres domestiques, et même de la laisser pénétrer dans la partie de l'appartement qu'il s'est réservée (1).

1019. Par des motifs semblables, la femme, dont le mari entretiendrait une concubine dans la maison maritale, aurait le droit d'en exiger l'expulsion ou de refuser de résider dans ce domicile, et d'exiger une pension pour fournir à ses besoins.

La présence d'une vile étrangère dans le domicile commun serait de la part du mari, l'acte de mépris le plus caractérisé, un outrage incessant et continuel.

La femme trouverait, il est vrai, dans cette grave injure, un moyen décisif de séparation de corps. (Code civil, art. 230.)

Mais si la séparation lui répugnait, elle ne serait pas tenue d'y avoir recours, et sans user de ce remède extrême, elle serait fondée à demander que le domicile conjugal fût purgé de l'infamie du concubinage ou qu'il lui fût permis de se choisir une habitation séparée, et qu'une pension suffisante à ses besoins lui fût payée par le mari.

1020. La qualité d'époux confère aussi plusieurs autres droits, les uns personnels, d'autres relatifs aux biens.

Parmi les droits personnels, on remarque celui attribué

(1) Sirey, 30. 1. 99; D., 30. 1. 60.

au mari par l'article 506 du Code, d'être le tuteur de sa femme interdite, et la faculté accordée à la femme par l'article 507 d'être nommée tutrice du mari dans un pareil cas.

Art. 506. Pour le mari la tutelle est légale. « Le mari est de droit tuteur de sa femme interdite, » dit l'article 506 (1); en sorte qu'il ne devrait être affranchi ou privé de la tutelle qu'autant qu'il pourrait invoquer un des motifs d'excuse ou qu'il serait frappé d'une des causes d'incapacité ou d'indignité qu'énumère la loi. (V. les sections 6 et 7 du titre de la Tutelle, livre 1er, titre 10 du Code civil.)

« Quant à la femme, la tutelle est dative. Il faut que le
Art. 507. conseil de famille la choisisse. « *La femme pourra être nommée tutrice*, » dit l'article 507 (2); expressions qui sont aussi claires que formelles.

On ne conçoit donc guères comment la Cour de Paris avait pu penser que la tutelle du mari interdit appartenait de plein droit à la femme, et que des causes graves, dans l'intérêt de l'interdit et des enfants nés du mariage, devaient seules empêcher de l'investir de cette fonction.

L'erreur de la Cour de Paris fut rectifiée d'abord par la Cour de cassation, le 27 novembre 1816; ensuite le 9 août

(1) A cet article sont conformes l'art. 429 du Code Sicilien, l'art. 399 du Code de la Louisiane, l'art. 388 du Code Sarde qui en excepte cependant l'interdiction pour cause de prodigalité.

Le Code de Vaud a adopté les dispositions du Code français, depuis l'art. 501 jusques et compris l'art. 512. (V. ce Code art. 303 à 309.)

Le Code hollandais dans son art 504 est conforme à l'art 506 du Code Napoléon.

(2) Même disposition dans le Code des Deux-Siciles, art. 436; mais dans ce cas le conseil de famille règle le mode et les conditions de l'administration, sauf à la femme à se pourvoir devant le tribunal.

Le Code de la Louisiane dans son art. 409; le Code Sarde dans l'article 389, et le Code de Vaud sont conformes au Code français; le Code hollandais dans l'art. 505, en autorisant la curatelle de la femme à l'interdiction de son mari, veut que le juge du canton nomme un subrogé-tuteur et règle la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours de la femme devant le tribunal supérieur.

1817, par la Cour d'Orléans devant laquelle la cause fut renvoyée (1).

Sur cette dation de tutelle, le conseil de famille a un pouvoir discrétionnaire, et il n'est pas tenu d'énoncer dans sa délibération les motifs qui l'ont décidé.

S'il nomme la femme il peut lui tracer des règles sur la forme et les conditions de son administration. Mais la femme nommée tutrice a le droit de faire apprécier la justice et la convenance de ces règles en recourant aux tribunaux. (C. civil, art. 507.)

1021. La qualité d'époux attribue à l'un des conjoints le droit de s'opposer à toute adoption que désirerait faire l'autre conjoint pendant le mariage. (Art. 344, Code civil.)

Il n'y a à cette prohibition qu'une seule exception, savoir pour le cas où le conjoint qui veut adopter serait déjà le tuteur officieux de l'enfant, et que, dans la crainte d'une mort prochaine et après cinq ans de tutelle, il voudrait l'adopter par testament, la minorité de l'enfant ne lui permettant pas de faire l'adoption dans la forme ordinaire. (V. l'art. 366 du Code, combiné avec l'art. 344.)

L'existence du mariage produit aussi l'effet de s'opposer à ce que l'un des époux reconnaisse pendant le mariage un enfant naturel qu'il aurait eu avant leur union ; ou, ce qui est la même chose, cette reconnaissance ne peut produire aucun effet, si ce n'est après la dissolution du mariage, et encore dans le cas seulement où il ne serait pas né d'enfant légitime.

La prohibition n'étant faite que dans l'intérêt des enfants légitimes devait disparaître avec cet intérêt.

Le principal des droits attachés à la qualité d'époux, relativement aux biens, est le droit héréditaire établi par l'article 767 du Code civil.

« Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré succes- Art. 767.

(1) Journal de Sirey, t. 17. 1. 33; et 2. 422; v. aussi l'arrêt cassé, t. 15. 2. 76.

sible ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint *non divorcé* qui lui survit (1). »

La restriction relative aux époux divorcés est insignifiante aujourd'hui que le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816.

Cette règle de succession a été empruntée du droit romain. Elle avait été établie originairement par un Edit du Préteur.

Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum, pro antiquo jure succedant quoties deficit omnis parentum, liberorum seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso. C. undè vir et uxor. L. 1.

L'Edit du Préteur s'observait en France partout où il n'y avait pas de disposition contraire.

Il s'observait même au préjudice du droit des enfants naturels.

Dans quelques Coutumes, telles que celles de Bourbonnais, art. 328, de Normandie, art. 243, du Maine, art. 286, d'Anjou, art. 268, le fisc était préféré. Ces quatre Coutumes préféraient même le fisc à ceux qui n'étaient pas de la ligne d'où provenaient les biens.

Plus équitable, la nouvelle législation n'appelle le fisc à l'hérédité que lorsqu'il n'y a ni parents au degré successible, le 12me, ni enfants naturels, ni conjoint.

(1) Le droit de succession établi en France entre époux par l'art. 767 est admis dans le royaume de Sicile, art. 683 du Code, et dans le royaume Sarde par l'art. 961 du Code. Ce dernier Code assure au survivant des époux la jouissance du quart des biens de l'autre époux qui meurt *ab intestat*, laissant des enfants légitimes, et la propriété de ce quart s'il n'a pas d'enfants légitimes;

L'article 545 du Code de Vaud est conforme à l'article 767 du Code Napoléon. Ce Code attribue aussi à l'époux survivant le quart ou moitié des biens selon que le défunt laisse ou ne laisse pas de père, de mère, de frères et de sœurs;

Le Code Prussien attribue la succession à l'époux survivant et aux enfants d'un mariage morganitique, à l'exclusion des parents qui sont au-delà du sixième degré.

L'ordre des successions, sauf les successions irrégulières, étant fondé, en général, sur l'ordre présumé des affections du défunt, il était naturel qu'en l'absence de parents successibles et d'enfants naturels, la loi attribuât au conjoint survivant une hérédité que le défunt lui aurait sans doute léguée, plutôt que de l'abandonner au fisc, s'il eût prévu qu'il ne se présenterait pas de parents successibles pour la recueillir, ou si la mort ne l'avait pas surpris.

1022. Cette présomption qui avait dicté la disposition ne s'appliquait pas à l'époux divorcé, tous les liens d'affection comme de devoir ayant été rompus par le divorce.

Il n'en est pas ainsi de la séparation de corps qui relâche mais qui ne dissout pas les nœuds du mariage, qui, laissant subsister une partie des devoirs des époux, ne doit pas détruire tous leurs droits, et qui permet de croire encore aux affections d'un côté, aux regrets et au repentir de l'autre, et à un sentiment de préférence pour le conjoint survivant qui, en l'absence de parents successibles, ne serait en concurrence qu'avec le fisc.

La question fut agitée au Conseil d'Etat ; il paraît qu'on y avait admis en principe que la séparation de corps exclurait le survivant des époux de la succession de l'autre.

Mais ce principe ne s'est pas retrouvé dans la rédaction définitive. Il fut donc abandonné. En le maintenant on se serait exposé à frapper celui-là même des époux qui aurait obtenu la séparation, et qui aurait été ainsi doublement victime. (V. la législation civile de Locré, tome 10, commentaire 3, n°s 2 et 3.)

1023. Comme des parents successibles, non connus d'abord, peuvent se présenter plus tard, le législateur a soumis le conjoint, le fisc même et les enfants naturels à des formalités et à des conditions conservatoires des droits des successibles, s'il en apparaissait un jour.

Ainsi ils sont tenus de faire apposer les scellés, et de faire faire inventaire dans les formes prescrites pour l'acceptation

des successions sous bénéfice d'inventaire. (Code civil, article 769.)

Ils doivent demander l'envoi en possession au tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession s'est ouverte, et le tribunal ne peut statuer sur la demande qu'après trois publications et affiches dans les formes usitées, et après avoir entendu le procureur du roi. (Code civil, art. 770.)

L'époux survivant est aussi tenu de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution au cas où il se présenterait des héritiers du défunt dans l'intervalle de trois ans, délai après lequel la caution est déchargée. (Art. 771.)

La loi ne dit pas qu'après ce délai l'époux sera affranchi de la restitution. Il y demeure donc toujours soumis, et cela tant que la faculté d'accepter la succession n'est pas éteinte pour les successibles, conformément aux articles 789 et 2262 du Code civil.

Enfin, l'article 772 réserve aux héritiers s'il s'en présente, des dommages et intérêts contre l'époux survivant, contre l'administration des domaines ou les enfants naturels, qui n'auraient pas rempli les formalités prescrites.

Ces précautions salutaires n'étaient pas observées dans l'ancien droit. A défaut d'héritiers *ab intestat* ou testamentaires, l'époux survivant était saisi de plein droit (1).

La loi nouvelle a montré plus de sollicitude pour les intérêts des successibles qui pourraient un jour se présenter.

1024. Cependant ses dispositions ne sont pas complètes sur les formalités qu'elle ordonne.

Elle prescrit l'emploi du mobilier et n'en exige pas la vente.

Elle veut que l'envoi en possession ne puisse avoir lieu

(1) Le Brun, *Traité des Successions*, livre 1er, chap. 7, nos 39 et suiv. Voir aussi Rousseau-Lacombe, Recueil de jurisprudence au mot *Succession*, part. 2, sect. 4.

qu'après trois publications et affiches, et n'en indique ni le délai ni les formes.

Elle ne dit pas davantage par qui la possession provisoire doit être exercée avant l'envoi en possession définitive.

Ces différentes questions ont donné lieu à quelque controverse parmi les auteurs.

Quoique non littéralement ordonnée, la vente du mobilier est indiquée par l'article 771. Car comment faire un emploi du mobilier en nature? Cette vente devra être faite avec les formalités employées pour la vente des biens meubles d'une succession bénéficiaire. (Code de procédure, articles 617 et suivants auxquels se réfèrent les articles 945 et 989.)

Cependant la loi étant muette sur le mode de la vente du mobilier, elle pourrait être faite sans formalités.

Quant aux affiches et publications il a été suppléé, pour la régie du domaine au silence du Code, par une décision du ministre des finances dont le ministre de la justice a recommandé l'exécution dans une circulaire du 8 juillet 1806; l'instruction veut que le jugement préparatoire du tribunal soit inséré dans le Moniteur, que les trois affiches qui doivent précéder l'envoi en possession soient apposées de trois en trois mois dans le ressort du tribunal, et que le jugement définitif ne soit rendu qu'un an après la demande.

Cette marche n'est commandée qu'à la régie des domaines. Mais M. Toullier pense que les autres héritiers irréguliers devraient la suivre.

Elle serait, il semble, et trop lente et trop coûteuse.

Ne suffirait-il pas, comme pour les saisies immobilières, de trois affiches apposées de quinzaine en quinzaine, accompagnées, pour plus grande précaution, de trois publications à l'audience aux mêmes époques?

Ces publications, ces affiches, auraient assez de publicité pour avertir les successibles qui auraient, au reste, à se reprocher de ne pas avoir surveillé leurs intérêts et leurs droits.

(Chabot, *des Successions*, sur l'art. 770 et sur l'art. 773 contre Toullier, tome 1, n° 2924.)

Mais que deviendra la succession en attendant le jugement d'envoi en possession?

Selon M. Toullier, un curateur doit être nommé comme pour une succession vacante, et c'est contre ce curateur que l'instruction doit être faite et l'envoi en possession obtenu.

Le Code civil ne dit rien de semblable; adopter une telle mesure ce serait ajouter aux règles prescrites, et faire beaucoup de frais inutiles. Les héritiers irréguliers ont comme les héritiers ordinaires des droits fondés sur la loi, et ces droits ne permettent pas de considérer même provisoirement la succession comme vacante. Lorsque aucun successible ne se présente ils ont eux-mêmes dans leur qualité connue un titre qui doit au moins leur assurer la possession provisoire. Seulement pour éviter des difficultés, le tribunal pourrait, sur leur première requête, et en ordonnant l'apposition des affiches et les publications exigées, leur attribuer cette possession provisoire des biens de l'hérédité.

Toullier pense aussi que l'héritier irrégulier qui demande l'envoi en possession doit prouver qu'il n'existe pas d'héritiers réguliers.

Chabot combat cette opinion avec raison. Car comment pourrait-on prouver un fait négatif? N'est-ce pas, d'ailleurs, aux héritiers réguliers à se présenter et à réclamer, comme cela se pratique dans les cas ordinaires?

Obligé, par l'article 769 du Code, de faire apposer les scellés et de faire faire inventaire, le conjoint comme tout autre héritier irrégulier, le fisc excepté, fera prudemment de n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire. Cela n'ajoutera aux frais que ceux d'une déclaration au greffe; sans cette précaution, malgré l'inventaire, il serait héritier pur et simple et pourrait être poursuivi comme tel par les créanciers de la succession.

1025. Si un héritier régulier se présente et justifie de ses droits, le conjoint qui a possédé doit-il la restitution des fruits?

On doit répondre que l'envoi en possession, prononcé par le tribunal, rend le conjoint possesseur de bonne foi, et que, par conséquent, aux termes des articles 549 et 550, il a fait les fruits siens.

En effet, sa qualité d'héritier étant écrite dans la loi, et sa possession ayant été autorisée par la justice, il possède comme propriétaire et en vertu d'un titre translatif de propriété, dont il ignore évidemment les vices; il n'est donc pas débiteur des fruits qu'il a perçus.

Sa position est d'ailleurs semblable à celle des cohéritiers d'un absent, ou de ceux qui, son existence n'étant pas reconnue, recueilleraient une succession qui lui serait échue; tant que l'absent ne se représente pas, ils gagnent les fruits par eux perçus de bonne foi. (V. Code civil, art. 136-138.) La similitude est exacte.

M. Malleville et M. Delvincourt font à cet égard une distinction que rien n'autorise. Le premier pense que l'héritier irrégulier est comptable des fruits perçus pendant les trois premières années, le second qu'ils sont dus à l'héritier qui réclame dans les trois ans.

Ces opinions isolées ne s'appuient sur aucun principe.

Aussi sont-elles repoussées par tous les auteurs; il n'y a pas de raison solide pour s'écarter même en partie des règles écrites dans les articles 338 et 350 du Code civil. Celle que l'on tire de la caution à laquelle l'héritier irrégulier est soumis pendant trois ans, n'est pas sérieuse puisque cette caution n'est exigée que pour la valeur capitale du mobilier, non pour les intérêts ni pour les revenus des immeubles.

Si avant l'expiration des 30 ans, terme fatal du délai de l'acceptation d'une succession, un héritier régulier se présente, le conjoint devra lui faire la remise de la succession mobilière et immobilière.

1026. M. Vazeilles prétend que la remise du mobilier doit se réduire à la valeur estimative du mobilier, telle qu'elle est portée dans l'inventaire, et cela lors même que le mobilier aurait été vendu à plus haut prix.

Cela ne serait pas juste. C'est bien assez que l'héritier irrégulier profite des fruits ou des revenus qu'il a pu consommer dans sa confiance de l'irrévocabilité de ses droits; lui accorder aussi la plus value du mobilier qu'il aurait vendu, ce serait l'enrichir aux dépens d'autrui.

1027. Cet héritier irrégulier, s'il a rempli les formalités qui lui sont prescrites, ne sera pas tenu, comme possesseur de bonne foi, des dégradations ou des autres pertes survenues par son fait même ou par sa négligence. Il ne doit restituer que ce dont il a profité. (Toullier, tome 4, n° 288.)

Au contraire il a droit au remboursement de la valeur des améliorations qu'il aura faites.

Cette doctrine, dans les deux cas, a pour base la bonne foi du possesseur qui se croyait propriétaire.

1028. Mais si aucune des formalités prescrites n'avait été observée, le conjoint, qui se serait ainsi emparé de la succession sans avoir obtenu de la justice l'envoi en possession, serait assimilé au possesseur de mauvaise foi et subirait toutes les conséquences de son imprudence, soit quant à la restitution des fruits qu'il aurait perçus, soit pour les dégradations provenant de son fait ou de sa négligence, soit quant aux impenses qu'il aurait faites. (Art. 555 du Code civil.)

Section II.

De la faculté de disposer entre époux.

SOMMAIRE.

1029. *Capacité des époux pour se faire des avantages.*
1030. *Formes des donations entre époux pendant le mariage.*
1031. *Ils ne peuvent se faire un don mutuel par le même acte.*
1032. Quid *des dons mutuels antérieurs au Code?*

1033. Quid *des époux mariés avant le Code?*
1034. *Les époux ne pourraient, dans leur contrat de mariage, s'interdire de se faire des libéralités.*
1035. *Peuvent-ils se donner par acte entre-vifs leurs biens à venir?*
1036. *Si l'époux est mineur, il ne peut donner à l'autre époux que par testament.*
1037. *Quelle quotité peuvent se donner les époux?* (*Art.* 1094 *et* 1098, *Code civ.*)
1038. *L'époux qui n'a pour successible que des ascendants peut-il distribuer, soit par acte séparé soit par le même acte, toute la quotité disponible de l'art.* 1094, *entre un tiers et son conjoint? — Dissertation.*
1039. *Le peut-il aussi lorsqu'il a des descendants? — Dissertation et controverse.*
1040. *Dans le système même restrictif, quelle quotité peut donner l'époux à l'un d'eux en gratifiant l'épouse de l'usufruit de moitié?*
1041. *Lorsque le don fait à l'épouse est indéfini à qui appartient l'option de la quotité?*
1042. *La restriction de la quotité disponible fixée par l'article* 1098 *profite-t-elle aux enfants de tous les lits?*
1043. Quid *si les enfants du premier lit décèdent où s'ils renoncent?*
1044. Quid *si tous les enfants renoncent?*
1045. *Faut-il être héritier pour demander le retranchement?*
1046. *A quoi doit se réduire le don d'usufruit de tous les biens?*
1047. *Le don d'une portion d'enfant fait à une seconde épouse, que comprend-il si le donateur ne laisse pas d'enfant?*
1048. *De la révocation des donations faites entre époux pendant le mariage et du mode de la révocation.*
1049. *Exemple d'une révocation tacite.*
1050. *La donation et l'aliénation révoquent, mais non l'hypothèque.*
1051. *Les donations faites sous la loi de nivôse an* 2 *sont-elles révocables?*
1052. *La donation faite pendant le mariage devient-elle caduque si le donataire prédécède?*
1053. *Les donations déguisées sont-elles nulles ou réductibles, et par qui peuvent-elles être attaquées?*

1029. Parmi les avantages que confère la qualité d'époux, l'on ne doit pas oublier la faculté de se faire des donations pendant le mariage. Ces donations forment sous divers rapports une espèce particulière de dispositions.

Nous ne nous occuperons pas ici de celles qui sont contenues dans les contrats de mariage. Elles dépendent des conventions matrimoniales qui seront l'objet de la seconde partie de cet ouvrage.

La capacité des époux pour se faire des dons pendant le mariage, leur a été attribuée par l'art. 1094 du Code civil:

Art. 1094. « L'époux pourra soit par contrat de mariage, *soit pendant le mariage*, pour le cas où il ne laisserait pas d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et en outre de l'usufruit de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers;

» Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants où descendants, il pourra donner à l'autre époux ou un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. »

La législation nouvelle est une modification des deux systèmes opposés admis dans l'ancien droit, et qui avaient été eux-mêmes empruntés de la législation romaine considérée à deux époques différentes

Les lois romaines avaient d'abord défendu les donations entre époux d'une manière absolue. On craignait qu'elles ne devinssent les effets de la séduction ou de la violence.

Plus tard cette défense absolue fut modifiée.

Mais les donations à cause de mort furent seules permises. *L.* 9, 10 *et* 11, *ff. de Donat. int. vir. et ux.*

Les donations entre-vifs n'étaient pas valables à moins qu'elles ne fussent confirmées par le prédécès du donateur. L. 3, 25 et 26, C. *eod.*

Les donations entre époux pouvaient être révoquées expressément ou tacitement. L. 12, C. *eod.*

Cette doctrine était suivie en France dans la plupart des pays de droit écrit.

Dans les pays de Coutume, on avait conservé l'ancien principe de la défense absolue de toute donation entre mari

et femme pendant le mariage, à moins que la donation ne fût mutuelle au profit du survivant. (V. pour les détails du droit ancien le Recueil de jurisprudence de Rousseau-Lacombe, au mot *Don mutuel* et au mot *Donation*, part. 2, sect. 4.)

La loi du 17 nivôse an 2 avait fait disparaître toutes ces nuances ; elle avait, par ses articles 13 et 14, autorisé toutes les formes de dispositions entre époux pendant le mariage, pourvu que ces dispositions fussent légalement contractées. C'est ce qu'ont décidé de nombreux arrêts.

Les donations pendant le mariage doivent sous le Code civil être considérées quant à leur forme, quant à leur étendue, quant à leurs effets.

1030. Quant à leurs formes, ces donations ne doivent pas être confondues avec les testaments qui sont soumis à des règles spéciales et dont nous ne nous occuperons pas ici; les formalités des testaments étant d'ailleurs les mêmes, que les legs soient faits à un époux ou à toute autre personne.

Les formes des donations entre époux sont aussi celles des donations ordinaires. Car le Code, au chapitre des dispositions entre époux pendant le mariage, ne prescrivant pas de formalités particulières, s'en réfère par cela même aux règles générales tracées, dans la section première du chapitre 4, pour les donations entre-vifs. (V. les articles 934 et suivants.)

Il résulte de la loi que les donations à cause de mort ne sont plus admises entre époux ; le Code civil ne reconnaissant que deux manières de disposer, les donations entre-vifs et les testaments. C'est ce que déclare formellement l'art. 893.

« On ne pourra disposer de ses biens que par donation entre-vifs ou par testament dans les formes ci-après établies. » Art. 89

1031. Les dons mutuels sont aussi prohibés entre époux.

L'art. 1097 les interdit expressément.

» Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque, par un seul et même acte. » Art. 10

Cette réciprocité ne pouvait se concilier avec le droit de révocation attribué au conjoint du donataire par un autre article. Elle aurait pu gêner la liberté de la révocation et nuire à ses effets par l'argument qu'aurait fourni l'indivisibilité des dispositions du même acte.

Mais si les époux ne peuvent pendant le mariage disposer l'un en faveur de l'autre dans le même contrat, rien ne s'oppose à ce que, par deux contrats différents quoique passés le même jour, quoique reçus par le même notaire, chacun d'eux donne à l'autre époux. Les deux donations seraient également valables. Car les prohibitions ne doivent pas être étendues ; elles se renferment strictement dans le cas qu'elles ont prévu.

1032. La règle prohibitive de l'art. 1097 n'a aucune influence sur la validité et sur l'exécution des dons mutuels faits avant l'émission du Code civil. Ces dons sont régis par la loi en vigueur au moment où ils ont été faits. *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus.* L. 144, ff. *de diversis regulis juris.* D'après cette loi équitable consacrée par l'art. 2 du Code civil, les dons mutuels faits autrefois doivent être exécutés conformément aux lois anciennes, quoique le donateur ne soit décédé que depuis la loi nouvelle.

C'est, au reste, ce qu'a jugé plusieurs fois la Cour régulatrice, notamment par des arrêts des 25 juin 1813 et 11 novembre 1818 (1).

1033. La faculté que la loi nouvelle donne aux époux de s'avantager pendant le mariage s'applique même à ceux qui s'étaient mariés avant le Code ; les prohibitions, prononcées par les lois antérieures à cet égard, étaient dans la classe des statuts personnels qu'une loi nouvelle a pu modifier en effaçant les incapacités de donner ou de recevoir uniquement attachées à la qualité des personnes. (Arrêt du 22 décembre 1818. Dalloz, t. 19. 1. 71. Cour de cassation.)

(1) Journal de Denevers, vol. de 1813. 1. 344 ; et de 1818, 1. 645.

1034. Il ne serai même pas permis aujourd'hui d'établir, par des stipulations expresses dans les contrats de mariage, le telles incapacités, parce qu'elles y seraient contraires aux ntérêts des époux et à leur liberté naturelle, et que, si la loi autorise des dispositions entre époux par leur contrat de mariage, elle n'autorise pas également des conventions qui leur interdiraient le droit de s'avantager, et qui effaceraient ainsi leur capacité personnelle ; parce que, d'ailleurs, ces conventions pourraient être détruites par le concours des deux volontés qui les auraient formées. (Voir sur cette question, l'arrêt cité du 22 décembre 1818, et un autre arrêt de la même Cour, du 15 juillet 1812.)

Nous avons dit que les dons mutuels étaient interdits, et que les donations à cause de mort n'étaient pas admises sous le Code civil.

Les donations entre-vifs sont donc, outre les testaments, la seule forme de disposition à employer par les époux en faveur l'un de l'autre pendant le mariage.

De là, on doit conclure que la donation doit être passée devant notaire, et porter minute ; (Code civil, art. 931.)

Qu'elle doit aussi contenir l'acceptation formelle de l'époux donataire. (Code civil, art. 932.)

Si elle s'applique à des effets mobiliers, elle n'est valable que pour les effets dont un état estimatif a été annexé à la minute de l'acte. (Code civil, art. 948.)

Cet état estimatif est même plus nécessaire, il semble, dans les donations entre époux que dans les cas ordinaires, et surtout si c'est le mari qui est donateur, puisque l'administration que la loi lui donne, en général, sur les biens de la femme, rendrait très-facile pour lui la dissipation de ces effets.

On peut voir sur ces questions, l'opinion conforme de Grenier, nos 458 et 459 bis, 2me édition, et de Toullier, no 917.

1035. L'étendue des donations entre époux est à examiner

des successions sous bénéfice d'inventaire. (Code civil, article 769.)

Ils doivent demander l'envoi en possession au tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession s'est ouverte, et le tribunal ne peut statuer sur la demande qu'après trois publications et affiches dans les formes usitées, et après avoir entendu le procureur du roi. (Code civil, art. 770.)

L'époux survivant est aussi tenu de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution au cas où il se présenterait des héritiers du défunt dans l'intervalle de trois ans, délai après lequel la caution est déchargée. (Art. 771.)

La loi ne dit pas qu'après ce délai l'époux sera affranchi de la restitution. Il y demeure donc toujours soumis, et cela tant que la faculté d'accepter la succession n'est pas éteinte pour les successibles, conformément aux articles 789 et 2262 du Code civil.

Enfin, l'article 772 réserve aux héritiers s'il s'en présente, des dommages et intérêts contre l'époux survivant, contre l'administration des domaines ou les enfants naturels, qui n'auraient pas rempli les formalités prescrites.

Ces précautions salutaires n'étaient pas observées dans l'ancien droit. A défaut d'héritiers *ab intestat* ou testamentaires, l'époux survivant était saisi de plein droit (1).

La loi nouvelle a montré plus de sollicitude pour les intérêts des successibles qui pourraient un jour se présenter.

1024. Cependant ses dispositions ne sont pas complètes sur les formalités qu'elle ordonne.

Elle prescrit l'emploi du mobilier et n'en exige pas la vente.

Elle veut que l'envoi en possession ne puisse avoir lieu

(1) Le Brun, *Traité des Successions*, livre 1er, chap. 7, nos 39 et suiv. Voir aussi Rousseau-Lacombe, Recueil de jurisprudence au mot *Succession*, part. 2, sect. 4.

qu'après trois publications et affiches, et n'en indique ni le délai ni les formes.

Elle ne dit pas davantage par qui la possession provisoire doit être exercée avant l'envoi en possession définitive.

Ces différentes questions ont donné lieu à quelque controverse parmi les auteurs.

Quoique non littéralement ordonnée, la vente du mobilier est indiquée par l'article 771. Car comment faire un emploi du mobilier en nature? Cette vente devra être faite avec les formalités employées pour la vente des biens meubles d'une succession bénéficiaire. (Code de procédure, articles 617 et suivants auxquels se réfèrent les articles 945 et 989.)

Cependant la loi étant muette sur le mode de la vente du mobilier, elle pourrait être faite sans formalités.

Quant aux affiches et publications il a été suppléé, pour la régie du domaine au silence du Code, par une décision du ministre des finances dont le ministre de la justice a recommandé l'exécution dans une circulaire du 8 juillet 1806; l'instruction veut que le jugement préparatoire du tribunal soit inséré dans le Moniteur, que les trois affiches qui doivent précéder l'envoi en possession soient apposées de trois en trois mois dans le ressort du tribunal, et que le jugement définitif ne soit rendu qu'un an après la demande.

Cette marche n'est commandée qu'à la régie des domaines. Mais M. Toullier pense que les autres héritiers irréguliers devraient la suivre.

Elle serait, il semble, et trop lente et trop coûteuse.

Ne suffirait-il pas, comme pour les saisies immobilières, de trois affiches apposées de quinzaine en quinzaine, accompagnées, pour plus grande précaution, de trois publications à l'audience aux mêmes époques?

Ces publications, ces affiches, auraient assez de publicité pour avertir les successibles qui auraient, au reste, à se reprocher de ne pas avoir surveillé leurs intérêts et leurs droits.

C'est dans ce sens que s'est manifestée la jurisprudence de deux Cours royales : de la Cour de Toulouse par un arrêt du 27 janvier 1830, de la Cour de Limoges par un arrêt du 13 avril 1836.

Le dernier arrêt se fonde dans un de ses motifs sur l'ancienne jurisprudence.

Mais on y remarque surtout trois motifs tirés de la loi nouvelle.

« Attendu que la femme Chartrier était mariée, et que » cependant elle n'a pas été autorisée à accepter la donation » dont il s'agit ni par son mari ni par la justice ;—*que, dès-* » *lors, son acceptation était nulle* ;

» Attendu qu'à défaut d'acceptation valable il n'y a pas » de donation. Car c'est l'acceptation qui forme le lien sy- » nallagmatique, et ce lien, à son tour, imprime à la dona- » tion cette irrévocabilité qui en est le trait distinctif;

» Attendu que cette vérité est confirmée par l'art. 928 » qui porte que la donation *dûment acceptée* est parfaite » par le seul consentement des parties ; — Qu'il n'y a d'ac- » ceptation *dûment faite*, respectivement à la femme ma- » riée que celle qui est accompagnée du consentement du » mari ou de l'autorisation de la justice. »

Les autres motifs énoncent plusieurs des arguments que nous avons ci-dessus développés.

Le système adopté par les deux arrêts cités paraît le seul conforme à la lettre et à l'esprit de la loi, le seul vrai (1).

CHAPITRE II.

Droits et avantages respectifs qui, entre les époux, résultent de leur qualité.

Certains de ces droits sont attribués par la loi même.

(1) V. les arrêts dans le Journal de Sirey, t. 30. 2. 242 ; et 36. 2. 241.

D'autres ne consistent que dans la faculté de se faire entre époux des avantages non autorisés entre d'autres personnes.

Section Ire.

Des droits attribués aux époux par la loi même.

SOMMAIRE.

1016. *Chez les anciens peuples et aujourd'hui chez les peuples d'Orient les femmes vivent isolées.*
1017. *Parmi nous elles doivent jouir des avantages de l'état des maris.*
1018. *Quels sont leurs droits si une femme étrangère est introduite dans la maison maritale ?*
1019. *Des droits à la tutelle de l'un des époux interdit.*
1020. *Des droits d'opposition à l'adoption et à la reconnaissance d'un enfant naturel.*
1021 *Du droit de succession attribué aux époux. — Origine de ce droit.*
1022. *Il n'est pas effacé par la séparation de corps.*
1023. *Formalités à remplir pour l'exercer.*
1024. *De quelques autres formalités non prescrites par la loi.*
1025. *Si un héritier régulier se présente l'époux ne devra-t-il pas la restitution des fruits?*
1026. *Il devra restituer le mobilier et les immeubles.*
1027. *Sera-t-il tenu des dégradations et aura-t-il droit aux améliorations ?*
1028. Quid *s'il n'a pas rempli les formalités prescrites ?*

1016. En général, en accordant des droits la loi impose aussi des devoirs.

Ainsi toutes les obligations dont avons traité dans le chapitre précédent ont leur principe dans les droits qui appartiennent à l'un des époux à l'égard de l'autre; il serait donc superflu d'énumérer ces droits dans ce chapitre deux, qui n'est destiné qu'à faire connaître ceux que le chapitre précédent n'indique pas.

Un des principaux droits attachés au mariage c'est pour chaque époux de participer aux avantages de l'existence sociale de celui auquel il est uni, comme une des principales obligations est d'en partager les maux autant que cette participation et ce partage sont possibles.

1017. Il n'en était pas ainsi chez les anciens; les femmes vouées à la retraite, renfermées dans leur gynécée, y traînaient une existence obscure, consacrée toute entière aux travaux domestiques. Les épouses des Miltiades, des Cimon, des Périclès étaient à peine connues des Athéniens, et ces respectables matrones romaines, dont parle trop rarement l'histoire, ne voyaient jamais réfléchir sur leurs fronts l'auréole d'éclat et de gloire qui ornait les patriciens, les consuls, les dictateurs.

Ces mœurs antiques et sévères se sont conservées intactes dans l'Orient. Aujourd'hui encore les femmes des puissants de la terre et de tous ceux qui peuvent briller par leurs richesses ou leur état social, sont toujours en quelque sorte ensevelis dans la monotone solitude des Harems.

1018. Pour nous, peuples de l'Occident, que la civilisation a éclairés, dont les mœurs ont été adoucies par les affections de famille, et qui, conservant d'ailleurs les usages des Gaulois et les Germains nos aïeux, n'achetions pas nos épouses mais en recevions des dots, nous les avons toujours considérées comme d'aimables associées que la loi et le sentiment plaçaient dans la maison commune sur un pied d'égalité presque parfaite; et elles ont toujours partagé les titres, l'état et tous les avantages de la position sociale que les circonstances nous avaient donnés.

En refuser la participation à la femme, l'isoler dans la maison commune, ne pas la recevoir à sa table, l'exclure de ses relations de société, n'avoir avec elle aucun de ces rapports que l'affection sollicite et que la loi commande, ce n'est pas la traiter maritalement, c'est la priver de ses droits, c'est l'outrager, c'est l'avilir; c'est l'autoriser aussi à s'éloi-

gner du domicile marital où elle n'est tenue de résider qu'autant qu'elle y est honorée comme épouse et respectée comme mère de famille.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 20 janvier 1830, a décidé que le mari, obligé de recevoir sa femme et de la traiter maritalement, ne remplit pas cette obligation en lui abandonnant une partie de l'appartement qu'il occupe, en mettant un domestique à son service, et en lui accordant une somme déterminée pour ses besoins; il ne peut, par ce moyen, dit l'arrêt, refuser de l'admettre à sa table, de la laisser servir par ses propres domestiques, et même de la laisser pénétrer dans la partie de l'appartement qu'il s'est réservée (1).

1019. Par des motifs semblables, la femme, dont le mari entretiendrait une concubine dans la maison maritale, aurait le droit d'en exiger l'expulsion ou de refuser de résider dans ce domicile, et d'exiger une pension pour fournir à ses besoins.

La présence d'une vile étrangère dans le domicile commun serait de la part du mari, l'acte de mépris le plus caractérisé, un outrage incessant et continuel.

La femme trouverait, il est vrai, dans cette grave injure, un moyen décisif de séparation de corps. (Code civil, art. 230.)

Mais si la séparation lui répugnait, elle ne serait pas tenue d'y avoir recours, et sans user de ce remède extrême, elle serait fondée à demander que le domicile conjugal fût purgé de l'infamie du concubinage ou qu'il lui fût permis de se choisir une habitation séparée, et qu'une pension suffisante à ses besoins lui fût payée par le mari.

1020. La qualité d'époux confère aussi plusieurs autres droits, les uns personnels, d'autres relatifs aux biens.

Parmi les droits personnels, on remarque celui attribué

(1) Sirey, 30. 1. 99; D., 30. 1. 60.

au mari par l'article 506 du Code, d'être le tuteur de sa femme interdite, et la faculté accordée à la femme par l'article 507 d'être nommée tutrice du mari dans un pareil cas.

Art. 506. Pour le mari la tutelle est légale. « Le mari est de droit tuteur de sa femme interdite, » dit l'article 506 (1); en sorte qu'il ne devrait être affranchi ou privé de la tutelle qu'autant qu'il pourrait invoquer un des motifs d'excuse ou qu'il serait frappé d'une des causes d'incapacité ou d'indignité qu'énumère la loi. (V. les sections 6 et 7 du titre de la Tutelle, livre 1er, titre 10 du Code civil.)

Art. 507. « Quant à la femme, la tutelle est dative. Il faut que le conseil de famille la choisisse. « *La femme pourra être nommée tutrice*, » dit l'article 507 (2); expressions qui sont aussi claires que formelles.

On ne conçoit donc guères comment la Cour de Paris avait pu penser que la tutelle du mari interdit appartenait de plein droit à la femme, et que des causes graves, dans l'intérêt de l'interdit et des enfants nés du mariage, devaient seules empêcher de l'investir de cette fonction.

L'erreur de la Cour de Paris fut rectifiée d'abord par la Cour de cassation, le 27 novembre 1816; ensuite le 9 août

(1) A cet article sont conformes l'art. 429 du Code Sicilien, l'art. 399 du Code de la Louisiane, l'art. 388 du Code Sarde qui en excepte cependant l'interdiction pour cause de prodigalité.

Le Code de Vaud a adopté les dispositions du Code français, depuis l'art. 501 jusques et compris l'art. 512. (V. ce Code art. 303 à 309.)

Le Code hollandais dans son art 504 est conforme à l'art 506 du Code Napoléon.

(2) Même disposition dans le Code des Deux-Siciles, art. 436; mais dans ce cas le conseil de famille règle le mode et les conditions de l'administration, sauf à la femme à se pourvoir devant le tribunal.

Le Code de la Louisiane dans son art. 409; le Code Sarde dans l'article 389, et le Code de Vaud sont conformes au Code français; le Code hollandais dans l'art. 505, en autorisant la curatelle de la femme à l'interdiction de son mari, veut que le juge du canton nomme un subrogé-tuteur et règle la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours de la femme devant le tribunal supérieur.

1817, par la Cour d'Orléans devant laquelle la cause fut renvoyée (1).

Sur cette dation de tutelle, le conseil de famille a un pouvoir discrétionnaire, et il n'est pas tenu d'énoncer dans sa délibération les motifs qui l'ont décidé.

S'il nomme la femme il peut lui tracer des règles sur la forme et les conditions de son administration. Mais la femme nommée tutrice a le droit de faire apprécier la justice et la convenance de ces règles en recourant aux tribunaux. (C. civil, art. 507.)

1021. La qualité d'époux attribue à l'un des conjoints le droit de s'opposer à toute adoption que désirerait faire l'autre conjoint pendant le mariage. (Art. 344, Code civil.)

Il n'y a à cette prohibition qu'une seule exception, savoir pour le cas où le conjoint qui veut adopter serait déjà le tuteur officieux de l'enfant, et que, dans la crainte d'une mort prochaine et après cinq ans de tutelle, il voudrait l'adopter par testament, la minorité de l'enfant ne lui permettant pas de faire l'adoption dans la forme ordinaire. (V. l'art. 366 du Code, combiné avec l'art. 344.)

L'existence du mariage produit aussi l'effet de s'opposer à ce que l'un des époux reconnaisse pendant le mariage un enfant naturel qu'il aurait eu avant leur union ; ou, ce qui est la même chose, cette reconnaissance ne peut produire aucun effet, si ce n'est après la dissolution du mariage, et encore dans le cas seulement où il ne serait pas né d'enfant légitime.

La prohibition n'étant faite que dans l'intérêt des enfants légitimes devait disparaître avec cet intérêt.

Le principal des droits attachés à la qualité d'époux, relativement aux biens, est le droit héréditaire établi par l'article 767 du Code civil.

« Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré succes- Art. 767.

(1) Journal de Sirey, t. 17. 1. 33; et 2. 422; v. aussi l'arrêt cassé, t. 15. 2. 76.

sible ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint *non divorcé* qui lui survit (1). »

La restriction relative aux époux divorcés est insignifiante aujourd'hui que le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816.

Cette règle de succession a été empruntée du droit romain. Elle avait été établie originairement par un Edit du Préteur.

Maritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum, pro antiquo jure succedant quoties deficit omnis parentum, liberorum seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso. C. undè vir et uxor. L. 1.

L'Edit du Préteur s'observait en France partout où il n'y avait pas de disposition contraire.

Il s'observait même au préjudice du droit des enfants naturels.

Dans quelques Coutumes, telles que celles de Bourbonnais, art. 328, de Normandie, art. 243, du Maine, art. 286, d'Anjou, art. 268, le fisc était préféré. Ces quatre Coutumes préféraient même le fisc à ceux qui n'étaient pas de la ligne d'où provenaient les biens.

Plus équitable, la nouvelle législation n'appelle le fisc à l'hérédité que lorsqu'il n'y a ni parents au degré successible, le 12me, ni enfants naturels, ni conjoint.

(1) Le droit de succession établi en France entre époux par l'art. 767 est admis dans le royaume de Sicile, art. 683 du Code, et dans le royaume Sarde par l'art. 961 du Code. Ce dernier Code assure au survivant des époux la jouissance du quart des biens de l'autre époux qui meurt *ab intestat*, laissant des enfants légitimes, et la propriété de ce quart s'il n'a pas d'enfants légitimes;

L'article 545 du Code de Vaud est conforme à l'article 767 du Code Napoléon. Ce Code attribue aussi à l'époux survivant le quart ou moitié des biens selon que le défunt laisse ou ne laisse pas de père, de mère, de frères et de sœurs;

Le Code Prussien attribue la succession à l'époux survivant et aux enfants d'un mariage morganitique, à l'exclusion des parents qui sont au-delà du sixième degré.

L'ordre des successions, sauf les successions irrégulières, étant fondé, en général, sur l'ordre présumé des affections du défunt, il était naturel qu'en l'absence de parents successibles et d'enfants naturels, la loi attribuât au conjoint survivant une hérédité que le défunt lui aurait sans doute léguée, plutôt que de l'abandonner au fisc, s'il eût prévu qu'il ne se présenterait pas de parents successibles pour la recueillir, ou si la mort ne l'avait pas surpris.

1022. Cette présomption qui avait dicté la disposition ne s'appliquait pas à l'époux divorcé, tous les liens d'affection comme de devoir ayant été rompus par le divorce.

Il n'en est pas ainsi de la séparation de corps qui relâche mais qui ne dissout pas les nœuds du mariage, qui, laissant subsister une partie des devoirs des époux, ne doit pas détruire tous leurs droits, et qui permet de croire encore aux affections d'un côté, aux regrets et au repentir de l'autre, et à un sentiment de préférence pour le conjoint survivant qui, en l'absence de parents successibles, ne serait en concurrence qu'avec le fisc.

La question fut agitée au Conseil d'Etat ; il paraît qu'on y avait admis en principe que la séparation de corps exclurait le survivant des époux de la succession de l'autre.

Mais ce principe ne s'est pas retrouvé dans la rédaction définitive. Il fut donc abandonné. En le maintenant on se serait exposé à frapper celui-là même des époux qui aurait obtenu la séparation, et qui aurait été ainsi doublement victime. (V. la législation civile de Locré, tome 10, commentaire 3, n°s 2 et 3.)

1023. Comme des parents successibles, non connus d'abord, peuvent se présenter plus tard, le législateur a soumis le conjoint, le fisc même et les enfants naturels à des formalités et à des conditions conservatoires des droits des successibles, s'il en apparaissait un jour.

Ainsi ils sont tenus de faire apposer les scellés, et de faire faire inventaire dans les formes prescrites pour l'acceptation

des successions sous bénéfice d'inventaire. (Code civil, article 769.)

Ils doivent demander l'envoi en possession au tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession s'est ouverte, et le tribunal ne peut statuer sur la demande qu'après trois publications et affiches dans les formes usitées, et après avoir entendu le procureur du roi. (Code civil, art. 770.)

L'époux survivant est aussi tenu de faire emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution au cas où il se présenterait des héritiers du défunt dans l'intervalle de trois ans, délai après lequel la caution est déchargée. (Art. 771.)

La loi ne dit pas qu'après ce délai l'époux sera affranchi de la restitution. Il y demeure donc toujours soumis, et cela tant que la faculté d'accepter la succession n'est pas éteinte pour les successibles, conformément aux articles 789 et 2262 du Code civil.

Enfin, l'article 772 réserve aux héritiers s'il s'en présente, des dommages et intérêts contre l'époux survivant, contre l'administration des domaines ou les enfants naturels, qui n'auraient pas rempli les formalités prescrites.

Ces précautions salutaires n'étaient pas observées dans l'ancien droit. A défaut d'héritiers *ab intestat* ou testamentaires, l'époux survivant était saisi de plein droit (1).

La loi nouvelle a montré plus de sollicitude pour les intérêts des successibles qui pourraient un jour se présenter.

1024. Cependant ses dispositions ne sont pas complètes sur les formalités qu'elle ordonne.

Elle prescrit l'emploi du mobilier et n'en exige pas la vente.

Elle veut que l'envoi en possession ne puisse avoir lieu

(1) Le Brun, *Traité des Successions*, livre 1er, chap. 7, nos 39 et suiv. Voir aussi Rousseau-Lacombe, Recueil de jurisprudence au mot *Succession*, part. 2, sect. 4.

qu'après trois publications et affiches, et n'en indique ni le délai ni les formes.

Elle ne dit pas davantage par qui la possession provisoire doit être exercée avant l'envoi en possession définitive.

Ces différentes questions ont donné lieu à quelque controverse parmi les auteurs.

Quoique non littéralement ordonnée, la vente du mobilier est indiquée par l'article 771. Car comment faire un emploi du mobilier en nature? Cette vente devra être faite avec les formalités employées pour la vente des biens meubles d'une succession bénéficiaire. (Code de procédure, articles 617 et suivants auxquels se réfèrent les articles 945 et 989.)

Cependant la loi étant muette sur le mode de la vente du mobilier, elle pourrait être faite sans formalités.

Quant aux affiches et publications il a été suppléé, pour la régie du domaine au silence du Code, par une décision du ministre des finances dont le ministre de la justice a recommandé l'exécution dans une circulaire du 8 juillet 1806; l'instruction veut que le jugement préparatoire du tribunal soit inséré dans le Moniteur, que les trois affiches qui doivent précéder l'envoi en possession soient apposées de trois en trois mois dans le ressort du tribunal, et que le jugement définitif ne soit rendu qu'un an après la demande.

Cette marche n'est commandée qu'à la régie des domaines. Mais M. Toullier pense que les autres héritiers irréguliers devraient la suivre.

Elle serait, il semble, et trop lente et trop coûteuse.

Ne suffirait-il pas, comme pour les saisies immobilières, de trois affiches apposées de quinzaine en quinzaine, accompagnées, pour plus grande précaution, de trois publications à l'audience aux mêmes époques?

Ces publications, ces affiches, auraient assez de publicité pour avertir les successibles qui auraient, au reste, à se reprocher de ne pas avoir surveillé leurs intérêts et leurs droits.

(Chabot, *des Successions*, sur l'art. 770 et sur l'art. 773 contre Toullier, tome 1, n° 2924.)

Mais que deviendra la succession en attendant le jugement d'envoi en possession?

Selon M. Toullier, un curateur doit être nommé comme pour une succession vacante, et c'est contre ce curateur que l'instruction doit être faite et l'envoi en possession obtenu.

Le Code civil ne dit rien de semblable; adopter une telle mesure ce serait ajouter aux règles prescrites, et faire beaucoup de frais inutiles. Les héritiers irréguliers ont comme les héritiers ordinaires des droits fondés sur la loi, et ces droits ne permettent pas de considérer même provisoirement la succession comme vacante. Lorsque aucun successible ne se présente ils ont eux-mêmes dans leur qualité connue un titre qui doit au moins leur assurer la possession provisoire. Seulement pour éviter des difficultés, le tribunal pourrait, sur leur première requête, et en ordonnant l'apposition des affiches et les publications exigées, leur attribuer cette possession provisoire des biens de l'hérédité.

Toullier pense aussi que l'héritier irrégulier qui demande l'envoi en possession doit prouver qu'il n'existe pas d'héritiers réguliers.

Chabot combat cette opinion avec raison. Car comment pourrait-on prouver un fait négatif? N'est-ce pas, d'ailleurs, aux héritiers réguliers à se présenter et à réclamer, comme cela se pratique dans les cas ordinaires?

Obligé, par l'article 769 du Code, de faire apposer les scellés et de faire faire inventaire, le conjoint comme tout autre héritier irrégulier, le fisc excepté, fera prudemment de n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire. Cela n'ajoutera aux frais que ceux d'une déclaration au greffe; sans cette précaution, malgré l'inventaire, il serait héritier pur et simple et pourrait être poursuivi comme tel par les créanciers de la succession.

1025. Si un héritier régulier se présente et justifie de ses droits, le conjoint qui a possédé doit-il la restitution des fruits?

On doit répondre que l'envoi en possession, prononcé par le tribunal, rend le conjoint possesseur de bonne foi, et que, par conséquent, aux termes des articles 549 et 550, il a fait les fruits siens.

En effet, sa qualité d'héritier étant écrite dans la loi, et sa possession ayant été autorisée par la justice, il possède comme propriétaire et en vertu d'un titre translatif de propriété, dont il ignore évidemment les vices; il n'est donc pas débiteur des fruits qu'il a perçus.

Sa position est d'ailleurs semblable à celle des cohéritiers d'un absent, ou de ceux qui, son existence n'étant pas reconnue, recueilleraient une succession qui lui serait échue; tant que l'absent ne se représente pas, ils gagnent les fruits par eux perçus de bonne foi. (V. Code civil, art. 136-138.) La similitude est exacte.

M. Malleville et M. Delvincourt font à cet égard une distinction que rien n'autorise. Le premier pense que l'héritier irrégulier est comptable des fruits perçus pendant les trois premières années, le second qu'ils sont dus à l'héritier qui réclame dans les trois ans.

Ces opinions isolées ne s'appuient sur aucun principe.

Aussi sont-elles repoussées par tous les auteurs; il n'y a pas de raison solide pour s'écarter même en partie des règles écrites dans les articles 338 et 350 du Code civil. Celle que l'on tire de la caution à laquelle l'héritier irrégulier est soumis pendant trois ans, n'est pas sérieuse puisque cette caution n'est exigée que pour la valeur capitale du mobilier, non pour les intérêts ni pour les revenus des immeubles.

Si avant l'expiration des 30 ans, terme fatal du délai de l'acceptation d'une succession, un héritier régulier se présente, le conjoint devra lui faire la remise de la succession mobilière et immobilière.

1026. M. Vazeilles prétend que la remise du mobilier doit se réduire à la valeur estimative du mobilier, telle qu'elle est portée dans l'inventaire, et cela lors même que le mobilier aurait été vendu à plus haut prix.

Cela ne serait pas juste. C'est bien assez que l'héritier irrégulier profite des fruits ou des revenus qu'il a pu consommer dans sa confiance de l'irrévocabilité de ses droits; lui accorder aussi la plus value du mobilier qu'il aurait vendu, ce serait l'enrichir aux dépens d'autrui.

1027. Cet héritier irrégulier, s'il a rempli les formalités qui lui sont prescrites, ne sera pas tenu, comme possesseur de bonne foi, des dégradations ou des autres pertes survenues par son fait même ou par sa négligence. Il ne doit restituer que ce dont il a profité. (Toullier, tome 4, n° 288.)

Au contraire il a droit au remboursement de la valeur des améliorations qu'il aura faites.

Cette doctrine, dans les deux cas, a pour base la bonne foi du possesseur qui se croyait propriétaire.

1028. Mais si aucune des formalités prescrites n'avait été observée, le conjoint, qui se serait ainsi emparé de la succession sans avoir obtenu de la justice l'envoi en possession, serait assimilé au possesseur de mauvaise foi et subirait toutes les conséquences de son imprudence, soit quant à la restitution des fruits qu'il aurait perçus, soit pour les dégradations provenant de son fait ou de sa négligence, soit quant aux impenses qu'il aurait faites. (Art. 555 du Code civil.)

Section II.

De la faculté de disposer entre époux.

SOMMAIRE.

1029. *Capacité des époux pour se faire des avantages.*
1030. *Formes des donations entre époux pendant le mariage.*
1031. *Ils ne peuvent se faire un don mutuel par le même acte.*
1032. Quid *des dons mutuels antérieurs au Code?*

1033. Quid *des époux mariés avant le Code?*

1034. *Les époux ne pourraient, dans leur contrat de mariage, s'interdire de se faire des libéralités.*

1035. *Peuvent-ils se donner par acte entre-vifs leurs biens à venir?*

1036. *Si l'époux est mineur, il ne peut donner à l'autre époux que par testament.*

1037. *Quelle quotité peuvent se donner les époux?* (*Art.* 1094 *et* 1098, *Code civ.*)

1038. *L'époux qui n'a pour successible que des ascendants peut-il distribuer, soit par acte séparé soit par le même acte, toute la quotité disponible de l'art.* 1094, *entre un tiers et son conjoint? — Dissertation.*

1039. *Le peut-il aussi lorsqu'il a des descendants? — Dissertation et controverse.*

1040. *Dans le système même restrictif, quelle quotité peut donner l'époux à l'un d'eux en gratifiant l'épouse de l'usufruit de moitié?*

1041. *Lorsque le don fait à l'épouse est indéfini à qui appartient l'option de la quotité?*

1042. *La restriction de la quotité disponible fixée par l'article* 1098 *profite-t-elle aux enfants de tous les lits?*

1043. Quid *si les enfants du premier lit décèdent où s'ils renoncent?*

1044. Quid *si tous les enfants renoncent?*

1045. *Faut-il être héritier pour demander le retranchement?*

1046. *A quoi doit se réduire le don d'usufruit de tous les biens?*

1047. *Le don d'une portion d'enfant fait à une seconde épouse, que comprend-il si le donateur ne laisse pas d'enfant?*

1048. *De la révocation des donations faites entre époux pendant le mariage et du mode de la révocation.*

1049. *Exemple d'une révocation tacite.*

1050. *La donation et l'aliénation révoquent, mais non l'hypothèque.*

1051. *Les donations faites sous la loi de nivôse an* 2 *sont-elles révocables?*

1052. *La donation faite pendant le mariage devient-elle caduque si le donataire prédécède?*

1053. *Les donations déguisées sont-elles nulles ou réductibles, et par qui peuvent-elles être attaquées?*

1029. Parmi les avantages que confère la qualité d'époux, l'on ne doit pas oublier la faculté de se faire des donations pendant le mariage. Ces donations forment sous divers rapports une espèce particulière de dispositions.

Nous ne nous occuperons pas ici de celles qui sont contenues dans les contrats de mariage. Elles dépendent des conventions matrimoniales qui seront l'objet de la seconde partie de cet ouvrage.

La capacité des époux pour se faire des dons pendant le mariage, leur a été attribuée par l'art. 1094 du Code civil :

Art. 1094. « L'époux pourra soit par contrat de mariage, *soit pendant le mariage*, pour le cas où il ne laisserait pas d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et en outre de l'usufruit de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers ;

» Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants où descendants, il pourra donner à l'autre époux ou un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. »

La législation nouvelle est une modification des deux systèmes opposés admis dans l'ancien droit, et qui avaient été eux-mêmes empruntés de la législation romaine considérée à deux époques différentes

Les lois romaines avaient d'abord défendu les donations entre époux d'une manière absolue. On craignait qu'elles ne devinssent les effets de la séduction ou de la violence.

Plus tard cette défense absolue fut modifiée.

Mais les donations à cause de mort furent seules permises. *L.* 9, 10 *et* 11, *ff. de Donat. int. vir. et ux.*

Les donations entre-vifs n'étaient pas valables à moins qu'elles ne fussent confirmées par le prédécès du donateur. L. 3, 25 et 26, C. *eod.*

Les donations entre époux pouvaient être révoquées expressément ou tacitement. L. 12, C. *eod.*

Cette doctrine était suivie en France dans la plupart des pays de droit écrit.

Dans les pays de Coutume, on avait conservé l'ancien principe de la défense absolue de toute donation entre mari

et femme pendant le mariage, à moins que la donation ne fût mutuelle au profit du survivant. (V. pour les détails du droit ancien le Recueil de jurisprudence de Rousseau-Lacombe, au mot *Don mutuel* et au mot *Donation*, part. 2, sect. 4.)

La loi du 17 nivôse an 2 avait fait disparaître toutes ces nuances ; elle avait, par ses articles 13 et 14, autorisé toutes les formes de dispositions entre époux pendant le mariage, pourvu que ces dispositions fussent légalement contractées. C'est ce qu'ont décidé de nombreux arrêts.

Les donations pendant le mariage doivent sous le Code civil être considérées quant à leur forme, quant à leur étendue, quant à leurs effets.

1030. Quant à leurs formes, ces donations ne doivent pas être confondues avec les testaments qui sont soumis à des règles spéciales et dont nous ne nous occuperons pas ici; les formalités des testaments étant d'ailleurs les mêmes, que les legs soient faits à un époux ou à toute autre personne.

Les formes des donations entre époux sont aussi celles des donations ordinaires. Car le Code, au chapitre des dispositions entre époux pendant le mariage, ne prescrivant pas de formalités particulières, s'en réfère par cela même aux règles générales tracées, dans la section première du chapitre 4, pour les donations entre-vifs. (V. les articles 934 et suivants.)

Il résulte de la loi que les donations à cause de mort ne sont plus admises entre époux ; le Code civil ne reconnaissant que deux manières de disposer, les donations entre-vifs et les testaments. C'est ce que déclare formellement l'art. 893.

« On ne pourra disposer de ses biens que par donation entre-vifs ou par testament dans les formes ci-après établies. » Art. 893.

1031. Les dons mutuels sont aussi prohibés entre époux.

L'art. 1097 les interdit expressément.

» Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque, par un seul et même acte. » Art. 1097.

Cette réciprocité ne pouvait se concilier avec le droit de révocation attribué au conjoint du donataire par un autre article. Elle aurait pu gêner la liberté de la révocation et nuire à ses effets par l'argument qu'aurait fourni l'indivisibilité des dispositions du même acte.

Mais si les époux ne peuvent pendant le mariage disposer l'un en faveur de l'autre dans le même contrat, rien ne s'oppose à ce que, par deux contrats différents quoique passés le même jour, quoique reçus par le même notaire, chacun d'eux donne à l'autre époux. Les deux donations seraient également valables. Car les prohibitions ne doivent pas être étendues ; elles se renferment strictement dans le cas qu'elles ont prévu.

1032. La règle prohibitive de l'art. 1097 n'a aucune influence sur la validité et sur l'exécution des dons mutuels faits avant l'émission du Code civil. Ces dons sont régis par la loi en vigueur au moment où ils ont été faits. *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus.* L. 144, ff. *de diversis regulis juris.* D'après cette loi équitable consacrée par l'art. 2 du Code civil, les dons mutuels faits autrefois doivent être exécutés conformément aux lois anciennes, quoique le donateur ne soit décédé que depuis la loi nouvelle.

C'est, au reste, ce qu'a jugé plusieurs fois la Cour régulatrice, notamment par des arrêts des 25 juin 1813 et 11 novembre 1818 (1).

1033. La faculté que la loi nouvelle donne aux époux de s'avantager pendant le mariage s'applique même à ceux qui s'étaient mariés avant le Code ; les prohibitions, prononcées par les lois antérieures à cet égard, étaient dans la classe des statuts personnels qu'une loi nouvelle a pu modifier en effaçant les incapacités de donner ou de recevoir uniquement attachées à la qualité des personnes. (Arrêt du 22 décembre 1818. Dalloz, t. 19. 1. 71. Cour de cassation.)

(1) Journal de Denevers, vol. de 1813. 1. 344 ; et de 1818, 1. 645.

1034. Il ne serai même pas permis aujourd'hui d'établir, par des stipulations expresses dans les contrats de mariage, de telles incapacités, parce qu'elles y seraient contraires aux intérêts des époux et à leur liberté naturelle, et que, si la loi autorise des dispositions entre époux par leur contrat de mariage, elle n'autorise pas également des conventions qui leur interdiraient le droit de s'avantager, et qui effaceraient ainsi leur capacité personnelle ; parce que, d'ailleurs, ces conventions pourraient être détruites par le concours des deux volontés qui les auraient formées. (Voir sur cette question, l'arrêt cité du 22 décembre 1818, et un autre arrêt de la même Cour, du 15 juillet 1812.)

Nous avons dit que les dons mutuels étaient interdits, et que les donations à cause de mort n'étaient pas admises sous le Code civil.

Les donations entre-vifs sont donc, outre les testaments, la seule forme de disposition à employer par les époux en faveur l'un de l'autre pendant le mariage.

De là, on doit conclure que la donation doit être passée devant notaire, et porter minute ; (Code civil, art. 931.)

Qu'elle doit aussi contenir l'acceptation formelle de l'époux donataire. (Code civil, art. 932.)

Si elle s'applique à des effets mobiliers, elle n'est valable que pour les effets dont un état estimatif a été annexé à la minute de l'acte. (Code civil, art. 948.)

Cet état estimatif est même plus nécessaire, il semble, dans les donations entre époux que dans les cas ordinaires, et surtout si c'est le mari qui est donateur, puisque l'administration que la loi lui donne, en général, sur les biens de la femme, rendrait très-facile pour lui la dissipation de ces effets.

On peut voir sur ces questions, l'opinion conforme de Grenier, nos 458 et 459 bis, 2me édition, et de Toullier, no 917.

1035. L'étendue des donations entre époux est à examiner

sous deux rapports : sous le rapport des biens qu'elles peuvent embrasser, et sous celui de la quotité à laquelle elles doivent être restreintes.

Sous le premier rapport on doit reconnaître que ces donations peuvent comprendre les biens à venir comme les biens présents. Elles diffèrent en ce point important des donations entre-vifs proprement dites, qui ne peuvent comprendre que les biens présents. (Code civil, art. 943.)

Elles en diffèrent aussi, comme nous le verrons plus bas, en ce qu'elles sont révocables, et en ce qu'elles deviennent caduques par le prédécès du donataire. (V. l'art. 894 du Code civil ;) question qui est cependant controversée.

Aucun article du Code civil ne dit textuellement que les donations faites entre époux pendant le mariage peuvent s'étendre aux biens à venir. Mais aucune disposition de la loi ne le défend, et il est de règle en général que ce qui n'est pas défendu est permis. Les dispositions entre époux ont, d'ailleurs, des caractères particuliers et sont régies par des principes spéciaux qui ne permettent pas de les confondre avec les donations faites à toutes autres personnes, ni par conséquent de leur appliquer les prohibitions relatives aux donations ordinaires.

Car, si l'on parcourt le chapitre 9 du titre 2 du livre 3 du Code, on y remarque, dans l'article 1093, qu'il permet entre époux, par contrat de mariage, la disposition des biens à venir comme celle des biens présents.

Dans l'article 1094, qu'il autorise aussi indéfiniment un époux à disposer en faveur de l'autre époux, *pendant le mariage*, sans restreindre cette faculté aux biens présents ; ce qui est implicitement l'étendre à tous les biens dont parle l'article précédent.

Dans l'article 1096, qu'il déclare révocables les donations entre-vifs faites entre époux pendant le mariage, règle qui prive ces sortes de donations du principal caractère des donations ordinaires. Ces divers articles et l'ensemble du chapitre

font reconnaître qu'il n'y a ni dans la lettre ni dans l'esprit de la loi rien qui puisse faire restreindre aux biens présents la faculté de disposer entre époux, même par acte entre-vifs.

Au reste, ce qui est décisif, c'est que l'art. 947 déclare formellement qu'on ne doit pas appliquer aux donations *dont il est mention* aux chapitres 8 et 9 du titre des Donations, c'est-à-dire aux donations entre époux, les art. 943 et suivants, qui défendent de comprendre les biens à venir dans les donations entre-vifs ou de faire ces donations sous des conditions potestatives de la part du donateur.

Aussi tous les auteurs s'accordent-ils à dire que les époux peuvent se donner par acte entre-vifs comme par testament leurs biens à venir, et qu'une donation entre-vifs des biens futurs ne peut être annulée sous prétexte qu'elle n'a pas été faite dans la forme des dispositions testamentaires, pourvu que celle des donations entre-vifs ait été employée. C'est même ce qu'a jugé en thèse la Cour de cassation, par un arrêt du 5 décembre 1816, dans une espèce où par un acte entre-vifs qui avait même reçu la qualification et qui portait les caractères d'une donation à cause de mort, un époux avait donné à son conjoint ses biens à venir sans employer les formes des dispositions testamentaires (1).

Déjà et par arrêt du 22 juillet 1807, la Cour de cassation avait professé cette doctrine en cassant sur un pourvoi d'office un arrêt de la Cour de Rennes qui avait annulé une donation faite dans un acte entre-vifs par un mari à sa femme du quart des biens qu'il laisserait à son décès.

Ces arrêts ont considéré « que les donations qui ont lieu entre époux pendant le mariage forment une classe intermédiaire qui participe tout à la fois de la nature des donations entre-vifs et de celle des donations testamentaires; que

(1) V. sur la question, Grenier, n° 457; Delvincourt, t. 1er, Duranton, t. 9, n° 770; et l'arrêt cité dans le Journal de Denevers, vol. de 1817. 1. 368.

lors même qu'elles sont revêtues de la forme des donations entre-vifs, elles peuvent être considérées comme renfermant des donations testamentaires et qu'elles valent comme telles. » (Motifs de l'arrêt de 1816.)

Un autre arrêt de la même Cour, du 16 juillet 1817, a aussi décidé, en rejetant un pourvoi, que le dessaisissement irrévocable exigé par l'art. 894 comme caractère essentiel de la donation entre-vifs recevait exception à l'égard des donations faites entre époux pendant le mariage (1).

On doit conclure de cette doctrine que des donations peuvent être faites entre époux sous des conditions dont l'exécution dépendrait de la seule volonté du donateur. Cette faculté est même une conséquence nécessaire du droit de révocation que conservent les donateurs.

1036. En traitant de la faculté qu'ont les époux de s'avantager pendant le mariage, nous avons supposé qu'ils étaient majeurs et qu'ils jouissaient de la plénitude de leurs droits civils. Il en serait autrement s'ils étaient mineurs, interdits ou pourvus d'un conseil judiciaire. Dans ce cas leur capacité serait réglée par les principes relatifs à leur état. (V. le titre 11 du livre 1er du C. civ., et les art. 903 et 904 du titre 2 du liv. 3.)

Si l'époux mineur est âgé de moins de seize ans, il ne pourra, pendant le mariage, faire aucune disposition en faveur de son conjoint. Il n'aurait cette capacité que par le contrat même du mariage, comme nous le verrons dans la suite. (C. civ., art. 903.)

Si l'époux mineur est âgé de plus de seize ans, il ne pourra disposer en faveur de l'autre époux que jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi lui aurait permis la disposition s'il était majeur. (V. l'art. 904 du C.)

Encore la disposition ne sera-t-elle valable qu'autant qu'elle sera faite par testament.

(1) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, 18. 1. 379.

Toutes ces vérités fondées sur la combinaison des divers rincipes qui règlent la capacité des personnes ne peuvent tre sérieusement contestées ; aussi sont-elles reconnues par es auteurs et ont-elles été consacrées par les arrêts qui ont u à s'en occuper.

Ainsi un arrêt de la Cour de Paris, du 11 décembre 1812, t un arrêt de la Cour de Limoges, du 15 janvier 1822, ont écidé qu'un époux mineur, mais âgé de plus de 16 ans, 'avait pu disposer par testament en faveur de l'autre époux ue de la moitié disponible fixée par l'art. 1094 du Code.

Un arrêt de la Cour de Paris, du 11 décembre 1820, a ussi jugé qu'un mineur n'avait pu faire de disposition au rofit de son conjoint autrement qu'en la forme du testament.

L'arrêt annule, en conséquence, une donation des biens ue l'époux *donateur laisserait à son décès*, parce qu'elle tait faite par acte entre-vifs (1).

Cette dernière décision a paru rigoureuse comme s'appliquant à des biens à venir. On a fait observer que le don par cte entre-vifs de cette sorte de biens ne nuisait pas davanage au mineur qu'un legs; qu'un testament qui pouvait tre olographe n'offrait pas plus de garantie qu'une donation ontre la séduction ou la violence ; que la nécessité de la forme estamentaire devrait donc être restreinte aux dispositions es biens présents, le mineur n'ayant pas la faculté de se desisir de ses biens à titre gratuit même par un acte révocable.

Cette distinction entre les biens présents et les biens à vei pour la forme de la disposition ne repose que sur des onsidérations. Or, lorsque la loi est claire et formelle, les onsidérations sont sans force. La prohibition faite à tout ineur de disposer autrement qu'en la forme testamentaire st textuellement écrite dans l'art. 904. S'il ne s'y soumet

(1) Voir ces arrêts dans le Journal de Sirey, t. 13. 2. 52; t. 22. 2. 96; et t. 24. 2. 351 ; les voir aussi dans le Journal de Denevers et de on continuateur, t. 21. 2. 1 ; et t. 22. 2. 156; voir aussi sur les difrentes questions, Toullier, t. 5, n° 295 ; Grenier, n. 461 ; Dalloz îné, Dict. de jurisp., t. 8, p. 264, nos 1, 2, 3 ; Duranton, t. 8, n° 187.

pas il n'a pas de capacité. Comment pourrait-on confirmer une disposition faite dans une autre forme, c'est-à-dire faite par un incapable?

Au reste, les considérations proposées ne sont pas exactes. Un testament même olographe est l'œuvre isolée du mineur. Fait hors la présence de l'autre conjoint, il prête moins au soupçon ; et si la séduction parvient à l'obtenir, la réflexion peut le faire détruire sans qu'il soit besoin de recourir à un officier public pour faire consigner une révocation dans un acte authentique dans lequel il serait nécessaire d'énoncer la donation révoquée et qui pourrait parvenir à la connaissance de l'époux donataire et être une cause de discordes.

Enfin, il est toujours plus convenable et plus sage de s'en tenir à la règle que de s'en écarter.

1037. La quotité dont les époux majeurs peuvent disposer est fixée par les art. 1094 et 1098.

L'art. 1094 s'applique au cas du premier mariage de l'époux donateur. Nous en avons déjà transcrit le texte, et nous y avons vu qu'il autorisait un époux qui n'avait pas d'enfants ou descendants à donner à l'autre époux en propriété toute la quotité disponible en faveur d'un étranger, et en outre l'usufruit de la totalité de la portion réservée par la loi à une certaine classe d'héritiers, c'est-à-dire aux ascendants (V. l'art. 918).

L'art. 1098 s'applique à celui d'un second ou subséquent mariage et de l'existence d'enfants d'un autre lit. En voici les termes :

Art. 1098. « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que dans aucun cas ces donations puissent excéder le quart des biens (1). »

(1) Le Code Sarde interdit aux époux de se faire aucune donation pendant le mariage (art. 1186);

Le Code des Deux-Siciles permet aux époux de se faire l'un à l'autre

Plusieurs questions sont surgies de ces deux articles et ils ont même excité quelques critiques.

On a remarqué sur l'art. 1094 que grever d'usufruit, en faveur du conjoint, la réserve attribuée à l'ascendant par l'art. 915, c'était, en quelque sorte, priver celui-ci de la réserve, puisqu'il a, de moins que le conjoint, l'âge d'une génération, et qu'il est peu probable qu'il jouisse de cette réserve.

La remarque est juste. Elle n'a pas échappé aux législateurs; mais la faveur du mariage a dicté la disposition. Voici comment s'exprime Jaubert dans son rapport fait au Tribunat:

« Paraîtrait-il trop rigoureux de priver les ascendants de » l'usufruit de la réserve? C'est, en quelque sorte, ne lais- » ser la réserve que pour leurs héritiers.

» Mais c'est la faveur du mariage. Pourquoi la mort de

des donations pendant le mariage; mais il les déclare révocables et dit, comme le Code Napoléon, que la femme pourra les révoquer sans être autorisée ni par son mari ni par la justice (Code des Deux-Siciles, article 1050);

Il interdit, d'ailleurs, les donations mutuelles par le même acte (même Code, art. 1051);

L'art. 1052 ne permet pas à l'époux qui a des enfants d'un autre lit de donner à l'autre époux plus d'une portion d'enfant le moins prenant;

D'après l'art. 829 de ce Code, la quotité disponible, lorsqu'on a des enfants, quel qu'en soit le nombre, n'est que de la moitié des biens, et d'après l'art. 831 si le défunt laisse des ascendants, il ne pourra disposer que de la moitié de ce qui reviendrait à ceux-ci dans sa succession *ab intestat*.

Dans le royaume de Sardaigne, les époux ne peuvent se donner même par contrat de mariage que ce qu'ils pourraient donner à un étranger, savoir les 2/3 de leurs biens s'ils laissent un ou deux fils légitimes ou légitimés, et la moitié s'ils en laissent un plus grand nombre.

A défaut d'enfants, mais ayant des ascendants, ils ne peuvent disposer que des deux tiers de leurs biens (art. 722):

Le Code de la Louisiane dans les art. 1736, 1737, 1738, 1739, a les mêmes dispositions que les articles 1091, 1092, 1093 et 1094 du Code Napoléon.

» l'un des époux changerait-elle la position de l'autre, sur-
» tout pour des droits qui ne sont ouverts que par l'inter-
» version de la nature (1) ? »

Deux questions graves ont été soulevées sur l'art. 1094 combiné avec les art. 913 et 915 du Code civil :

L'art. 913 fixe à un quart seulement en pleine propriété la quotité disponible lorsque l'auteur de la disposition laisse trois enfants ou un plus grand nombre.

L'art. 915 établit, lorsqu'il n'y a pas de descendants mais qu'il y a des ascendants, une réserve légale d'un quart des biens aussi en pleine propriété pour les ascendants de chaque ligne.

Ces deux quotités disponibles, établies en règle générale, sont moins fortes que celle autorisée dans les deux cas en faveur du conjoint, puisque l'art. 1094, second paragraphe, permet s'il y a des enfants, de donner au conjoint outre le quart en propriété, disponible en général, un autre quart en usufruit, et que le premier paragraphe de ce même article, si l'époux ne laisse que des ascendants, lui accorde la faculté de laisser à l'autre époux, non-seulement la quotité qui aurait pu être donnée à un étranger, mais en outre l'usufruit de la réserve des ascendants.

Les deux quotités disponibles dans chaque cas peuvent-elles concourir et être divisées de manière à ne considérer que la plus forte et à en attribuer une partie à un tiers et une autre partie à l'époux survivant ?

1038. Examinons d'abord la question à l'égard des ascendants ?

Un époux qui n'a pas d'enfants, mais qui a un ascendant, peut-il, soit par des actes différents, soit par le même acte, donner à des tiers la valeur disponible ordinaire et à son conjoint l'usufruit de la réserve des ascendants ?

M. Duranton fait une distinction.

(1) Législation civile de Locré, commentaire 15, n° 88.

Il reconnaît que si un époux a déjà donné à des tiers, par des actes irrévocables, la quotité disponible autorisée par l'art. 915, c'est-à-dire la moitié ou les trois quarts de ses biens, selon qu'il y a des ascendants dans les deux lignes paternelle et maternelle, ou qu'il n'y en a que dans une ligne, il peut ultérieurement donner à son conjoint l'usufruit de la réserve des ascendants.

Mais lorsque le don fait à l'époux de l'usufruit de la réserve des ascendants, et celui de la quotité disponible ordinaire fait à des tiers sont portés par le même acte, ou que cette dernière disposition est contenue dans un acte postérieur à la première, M. Duranton pense que dans ces deux cas la donation faite aux tiers doit être réduite. « Nous ne pouvons, » dit-il, nous persuader que l'intention de la loi ait été le » moins du monde de faire profiter des étrangers de la fa- » culté accordée à l'époux d'étendre son disponible au pré- » judice de la réserve des ascendants si fortement réduite. »

Cette distinction paraît plus subtile qu'exacte. Si l'étranger peut être appelé à profiter de la quotité disponible tout entière lorsqu'il est le premier donateur, on ne voit pas de raison pour qu'il en soit autrement lorsque le don en propriété qui lui est fait est simultané ou même postérieur au don en usufruit fait à l'époux de la réserve des ascendants. Dans l'un et dans l'autre cas les ascendants sont également privés de l'usufruit de cette réserve.

C'est la faveur du mariage qui a déterminé le législateur à priver les ascendants de l'usufruit de la réserve pour en gratifier l'époux survivant. Mais rien n'indique que, par cette extension, dans l'intérêt des époux, de la quotité disponible ordinaire, la loi ait voulu changer cette quotité à l'égard des tiers. Elle a seulement voulu préférer les époux aux ascendants quant à la jouissance de la part privilégiée de ceux-ci lorsque cette part privilégiée a été donnée en simple jouissance à l'époux. Que les autres libéralités faites par le conjoint donateur soient antérieures ou postérieures, la quotité

disponible restant la même, les ascendants n'ont aucun droit d'en demander la réduction puisqu'ils n'ont été privés de l'usufruit qu'au profit de l'époux que la loi leur a préféré.

Ces observations que nous avons empruntées à un arrêtiste nous paraissent justes; elles ont triomphé deux fois devant la Cour de cassation, d'abord par un arrêt du 3 janvier 1826, ensuite par un arrêt du 18 novembre 1840.

Dans les deux espèces c'était par le même acte, par un testament, que dans une première disposition un époux avait donné à son épouse la jouissance *de son entière hérédité*, et que par une seconde disposition il avait institué une nièce son héritière universelle *pour jouir* de l'hérédité après le *décès de son épouse*.

La mère du testateur lui avait survécu; en sorte que l'institution universelle ne valait que pour les trois quarts en nue-propriété.

Mais les représentants de la mère prétendirent que cette institution devait éprouver une réduction plus forte et équivalente aux jouissances du quart réservé à la mère par l'article 915 du Code.

A l'appui de cette prétention ils argumentaient de la lettre de l'article 1094 qui porte que « l'époux qui ne laisse » point d'enfants ou descendants peut disposer en faveur de » l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait » disposer en faveur d'un étranger, et *en outre* de l'usufruit » de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice » des héritiers. »

« Ces mots *en outre*, disaient-ils, indiquent clairement que ce n'est qu'après avoir épuisé en faveur de la femme toute la portion disponible, que l'époux peut lui faire cet avantage exorbitant. S'il ne lui donne pas la totalité de la portion disponible, il ne peut pas lui faire la libéralité *outre* mesure autorisée par l'article 1094. Une interprétation contraire aurait pour effet de donner à la femme l'usufruit de la portion réservée, quand on donnerait à un tiers la pro-

riété et l'usufruit de la portion disponible; ce qui serait ridemment contraire à l'esprit de la loi qui n'a d'autre objet ne d'élever les avantages entre époux à une quotité plus rte que ceux qu'ils peuvent faire à des tiers. »

Dans l'espèce, léguer à sa nièce les trois quarts en pro-riété qui formaient la quotité disponible, et léguer de plus sa femme l'usufruit du quart réservé, c'était en réalité gra-ier le tiers plutôt que la femme.

Ce système était plus ingénieux que solide. La Cour de ssation l'a repoussé par des motifs qui sont remaquables :

« Attendu que, suivant l'article 915 du Code civil, les béralités par acte entre-vifs ou par testament ne peuvent xcéder les trois quarts des biens, lorsque le défunt, à dé-aut de descendants, ne laisse d'ascendants que dans une eule ligne, et qu'aux termes de l'article 1094, l'époux peut oit par contrat de mariage soit pendant le mariage, pour le as où il ne laisse point d'enfants ni de descendants, disposer n faveur de l'autre époux de tout ce dont il pourrait dis-oser en faveur d'un étranger, et en outre de l'usufruit de a totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au réjudice des héritiers;

» Que la disposition de l'article 915, qui fait partie du hapitre 3, titre 2, lequel a pour objet de fixer les règles énérales sur la quotité disponible, détermine la portion dont est permis de disposer en faveur de quelque personne que e soit;

» Et que l'article 1094 qui fait partie du chapitre 9, con-ernant les dipositions entre époux a pour objet d'étendre la uotité disponible déterminée par l'article 915, lorqu'il s'a-it de fixer l'étendue des dispositions permises entre époux;

» Que de la combinaison de ces dispositions et des termes ans lesquels est conçu l'article 1094, il résulte que l'époux, ui décède sans enfants mais laissant un ou plusieurs as-endants dans une ligne, peut disposer en faveur de l'autre poux non-seulement de ce dont il pourrait disposer en fa-

veur d'un étranger, mais encore de l'usufruit de la portion réservée aux ascendants;

» Que cette extension de la faculté de disposer, donnée à un époux en faveur de l'autre époux, qui a pour objet de resserrer les liens de l'union conjugale, est toute personnelle à l'époux, et qu'aucun étranger ne peut en profiter;

» Attendu, toutefois, qu'on ne pourrait induire de là que l'époux qui dispose en faveur d'un étranger, de la quotité disponible déterminée par l'article 915, et de l'usufruit de la portion réservée aux ascendants en faveur de l'autre époux, fait profiter l'étranger de l'extension portée en faveur de l'époux par l'article 1094, puisque l'étranger ne recueille que le disponible de l'article 915;

» Attendu qu'il ne résulte pas des termes dans lesquels est conçu l'article 1094, que l'époux ne puisse disposer en faveur de l'autre époux de l'usufruit de la portion réservée aux ascendants, qu'autant qu'il dispose en même temps en sa faveur de la quotité disponible réglée par l'art. 915;

» Qu'il importe peu à l'ascendant que le défunt ait disposé en faveur de l'autre époux tant de la quotité disponible que de l'usufruit de la réserve, ou qu'il ait disposé en faveur d'étrangers de la quotité disponible, et en faveur de l'autre époux de l'usufruit de la réserve, puisque ces dispositions produisent à son égard les mêmes effets, et que soit par l'une soit par l'autre disposition, il se trouve privé de l'usufruit de la portion qui lui est réservée;

» Attendu que si l'intention du législateur eût été que la disposition, en faveur de l'époux, de l'usufruit de la portion réservée au profit des ascendants, ne pût recevoir d'exécution qu'autant que le défunt aurait disposé en faveur de son conjoint de la portion disponible de l'article 915, il n'aurait pas manqué de l'exprimer, et que, ne l'ayant pas fait, ce serait apporter à l'exécution de l'art. 1094 une restriction qui n'est point admise par cet article, ce qui n'est point au pouvoir des tribunaux. »

Tels sont les motifs d'après lesquels la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Toulouse qui avait ordonné l'exécution des deux dispositions.

Ces motifs sont généraux, absolus; ils s'appliquent à tous les cas où des dispositions semblables concourent soit qu'elles soient contenues dans le même acte, soit que, portées par les actes différents, celle faite en faveur du conjoint précède le don fait à l'étranger. Car la Cour suprême ne s'est pas déterminée par la simultanéité des dispositions dans le même acte, et les raisons qui l'ont décidé sont étrangères à l'ordre des dates des actes de libéralité.

L'opinion de M. Duranton, cette opinion que paraît avoir partagée M. Vazeilles, ne doit donc pas être admise (1).

1039. Une autre question a été soulevée sur l'application de la seconde partie de l'article 1094 du Code civil, combiné avec l'article 913.

On s'est demandé quelle était l'étendue de la quotité disponible de la part d'un époux qui, ayant plus de deux enfants, veut faire, soit par le même acte, soit par des actes différents, deux dispositions l'une en faveur de son conjoint, l'autre en faveur d'une autre personne.

Cette question importante, qui se reproduit fréquemment dans le règlement des successions, divise les jurisconsultes et les tribunaux.

Nous l'avons déjà examinée dans une discussion spéciale que la *Presse Judiciaire* du ressort de la Cour de Riom a publiée dans son numéro du 22 décembre 1838.

Nous reproduirons ici cette dissertation.

C'est par la combinaison des articles 913 et 1094 du Code civil que la difficulté doit se résoudre.

De l'article 913, suivant lequel les « libéralités ne peu-

(1) V. les arrêts cités dans le Journal de Sirey, t. 26. 1. 269: et t. 41. 1. 90.. V. aussi sur la question, Duranton, t. 9, n° 785 et 786; et Vazeilles, *Traité des successions et donations*, sur l'art. 1094, tome 3, p. 325.

» vent excéder la moitié des biens du disposant s'il ne laisse
» à son décès qu'un enfant légitime, le tiers, s'il laisse
» deux enfants, le quart, s'il en laisse un plus grand
» nombre. »

De l'article 1094 dont le second paragraphe porte que l'époux « pour le cas où il laisserait des enfants ou descen-
» dants, pourra donner à l'autre époux ou un quart en
» propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de ses
» biens en usufruit seulement. »

Trois systèmes ont été présentés : Les deux quotités disponibles établies par les deux articles peuvent-elles être cumulées?

Ces deux quotités, lorsqu'elles sont données par le même acte, peuvent-elles concourir de manière cependant à ce que la plus forte ne soit pas dépassée ?

Enfin, ces quotités, lorsqu'elles sont données par des actes différents, peuvent-elles aussi concourir comme dans le cas précédent, et ce concours dépend-il de l'ordre des dates des dispositions ?

Le premier de ces systèmes était favorisé par les principes existants au moment de l'émission du Code civil. En effet, la loi du 4 germinal an 8, qui faisait disparaître les prohibitions portées par celle du 17 nivôse an 2, autorisait le père de plusieurs enfants à disposer en faveur de l'un d'eux ou d'un étranger d'une portion d'enfant, sans cependant qu'elle pût s'étendre au delà du quart. Cette loi déclarait par l'article 6 ne pas déroger à celle qui conservait les dispositions entre époux, et l'on avait conclu de son texte que la quotité disponible, fixée par la loi du 4 germinal an 8, pouvait être cumulée avec le don d'usufruit de moitié autorisé par les articles 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an 2. Cette doctrine avait été consacrée par la jurisprudence, notamment par un arrêt de cassation, du 22 messidor an 5, et par un arrêt de la Cour de Riom, du 6 mai 1812.

Cependant, appliquée au Code civil, elle a paru trop large,

Comme la loi nouvelle établissait, au préjudice des enfants, une quotité disponible plus forte que celle de la loi de germinal, il aurait pu arriver que la réserve légale de l'enfant fût réduite à presque rien.

Ce premier système était trop rigoureux ; il n'était, d'ailleurs, autorisé ni par le texte du Code civil ni par les discussions qui avaient préparé ce texte, et quoiqu'il eût été adopté par un arrêt de la Cour d'Agen, du 27 août 1810, il a été rejeté et il devait l'être.

Le second système a été généralement accueilli, et l'on pense que les deux quotités disponibles, lorsqu'elles sont données par le même acte, à un tiers et à l'époux, peuvent être exécutées simultanément, pourvu que réunies elles n'excèdent pas la plus forte des deux quotités disponibles, et que le tiers et l'époux n'obtiennent chacun que ce dont il est permis de disposer en sa faveur.

Dans le troisième système on fait dépendre l'exécution des dispositions, de l'ordre de leurs dates

Si celle faite en faveur d'un successible ou d'un étranger est la première et qu'elle soit irrévocable, l'épouse pourra recevoir par un acte postérieur le surplus de la quotité disponible fixée par l'art. 1094.

Si, au contraire, le don fait à l'époux est antérieur et qu'il épuise la quotité disponible fixée par l'art. 913, quoiqu'il n'atteigne pas celle de l'art. 1094, il n'est plus permis de faire aucune disposition.

Pour cette dernière opinion on soutient que l'art. 913 est absolu dans les limites qu'il pose ; qu'il est applicable à tous les cas, à tous les donataires ; que l'art. 1094 présente seulement une exception à la règle ; mais que cette exception, faite uniquement dans l'intérêt des époux, ne peut être invoquée dans celui de toute autre personne ; que ce second article n'accorde pas une faculté générale de disposer plus largement, avec plus d'extension qu'il n'est permis par l'article 913 ; qu'il attribue seulement une faculté spéciale de

donner au conjoint, et au conjoint seul, une quotité disponible plus élevée que celle de l'art. 913 ; qu'en conséquence, quoique le donateur n'ait pas usé, dans toute sa latitude, de la faculté que lui conférait l'art. 1094, s'il a épuisé en faveur de son époux toute la quotité déterminée par l'art. 913, son droit est épuisé à l'égard des tiers, toute personne autre que l'époux ne peut rien recevoir de plus, et les dons sont nuls.

On ajoute que l'extension de l'art. 1094, dans le cas qu'il prévoit, n'a été admise que parce que les enfants nés du mariage avaient l'espoir de trouver dans la succession de l'époux avantagé la valeur des biens donnés ; en sorte que la privation qu'ils éprouvaient n'était que temporaire, et leur préjudice, par conséquent, peu grave ; tandis que des dons faits à d'autres successibles ou à des étrangers les dépouilleraient absolument et pour toujours.

Ce dernier motif est peu solide ; car l'époux donataire peut dissiper les valeurs qu'il a reçues ; il peut, d'ailleurs, se remarier et faire ainsi concourir des enfants nés d'un autre mariage au partage des biens que lui a transmis son premier mari, les lois nouvelles ne l'obligeant pas à en réserver les bénéfices aux enfants du premier lit.

Les autres motifs sont plus graves ; mais sont-ils décisifs ?

Nous ne le pensons pas. Une telle opinion ne nous paraît autorisée ni par la lettre ni par l'esprit de la loi ni par les hautes considérations qui ont dû dicter les règles écrites dans les deux articles.

La lettre de la loi est muette. Rien, en effet, dans les expressions de l'art. 1094, n'autorise à dire que l'époux qui, au lieu de donner à son époux la plus forte quotité déclarée disponible par cet article c'est-à-dire un quart en propriété et un autre quart en usufruit, a restreint sa libéralité à une moitié en usufruit, ne pourra cependant pas disposer, en faveur d'une autre personne étrangère ou successible, du quart en nue propriété qu'il avait conservé libre dans ses mains.

L'esprit de la loi serait aussi vainement consulté pour favoriser cette théorie limitative.

Où chercherait-on cet esprit?

Serait-ce dans les discussions qui ont préparé la loi?

Qu'on les vérifie; on n'y en trouvera aucun indice.

Serait-ce dans la jurisprudence antérieure et dans les principes existants au moment où le Code a été élaboré?

Cette jurisprudence, ces principes, non-seulement n'admettaient pas de restriction, mais même ils admettaient le cumul de la disposition faite entre époux avec celle faite en faveur d'un tiers; ils voulaient que les deux dispositions fussent exécutées simultanément, pourvu que chaque personne avantagée ne reçût que la quotité qu'il était permis de lui donner.

Quant aux considérations, quelles sont celles d'un ordre élevé qu'on pourrait présenter pour soutenir le système?

Dira-t-on que les libéralités faites aux époux sont moins onéreuses pour les enfants, parce qu'ils en retrouvent la valeur dans la succession du donataire dont ils sont les héritiers naturels?

Mais ce donataire peut dissiper les valeurs qu'il a reçues;

Mais il peut se remarier et les transmettre au moins en partie à une famille étrangère.

L'objection n'a rien de sérieux sous un autre rapport, puisqu'elle est sans succès, on en convient, si le don fait au tiers a précédé celui fait à l'époux ou si les deux dispositions sont contenues dans le même acte.

Dans ces deux cas, tous les auteurs, moins Duranton, s'accordent à dire qu'elles doivent être exécutées simultanément, si réunies elles n'excèdent pas la plus forte *quotité disponible*, c'est-à-dire un quart en propriété et un autre quart en usufruit.

Etrange système qui, roulant uniquement sur la priorité de la date du don fait à l'époux, est abandonné et disparaît lorsque cet accident de date ne se rencontre pas! Bizarre

théorie, que l'on est obligé de restreindre à un seul cas ou plutôt à une absence de prévision ou d'explication de la part du donateur, et à laquelle on doit renoncer lorque l'auteur des deux dispositions a disposé d'abord en faveur de l'un de ses enfants de la quotité disponible fixée par l'art. 913, pour donner ensuite à son époux le supplément de quotité disponible autorisé par l'art. 1094!

Mais peut-on présumer que l'intention du législateur ait été de faire dépendre d'une priorité de date l'exécution des règles qu'il posait, et l'exercice d'une faculté qu'il accordait?

Admettre une telle supposition ou plutôt créer une telle théorie, n'est-ce pas se jeter dans des subtilités de forme, dans ces arguties si souvent reprochées au droit romain, et qui sont indignes de la sagesse du législateur comme de la majesté de la loi?

Les règles posées par le législateur ne doivent pas dépendre de l'ordre dans lequel elles sont exécutées; les droits que ce législateur confère sont invariables, et ne peuvent, par conséquent, exister ou s'effacer suivant la date des actes par lesquels on les exerce. En décider autrement, lorsque la loi elle-même ne le déclare pas formellement, lorsqu'elle ne prévient pas, par un texte positif, que les facultés qu'elle attribue sont subordonnées pour leur exercice et leur existence à tel ordre, tel rang de dispositions, c'est ajouter à la loi, c'est créer des déchéances, c'est exposer les pères de famille à être victimes de leur confiance dans la loi et les rendre le jouet d'une interprétation sans base réelle, purement systématique et que l'on pourrait accuser de caprice autant que de rigueur.

Et ne le dissimulons pas, ce système et les arrêts qui l'ont admis ont jeté dans un grand nombre de familles la perturbation et le regret. Car il est peu de contrats de mariage où les époux ne se soient faits des dons mutuels, sans que le silence de la loi leur permît de prévoir qu'ils se privaient ainsi du droit et de la douceur de répandre quelques libéra-

tés pour secourir le malheur ou récompenser les affections
la bonne conduite.

Car si le danger du système eût pu être prévu, n'eût-il pas
é facile de le prévenir même en disposant par contrat de
ariage de l'usufruit de la moitié de ses biens en faveur du
onjoint? Il eût suffi de se réserver le pouvoir de disposer,
ans la suite, d'un quart en nue-propriété en faveur de l'un
es enfants ou même d'un étranger, et d'ajouter que la dis-
osition d'usufruit ne vaudrait que sous la condition de l'exé-
ution d'un don ultérieur qui lui serait préféré en cas de dif-
culté.

Cette réserve formelle pourrait-elle être blessée? Non sans
oute, elle devrait être respectée comme n'ayant rien de
ontraire aux lois ni aux bonnes mœurs.

Et cependant elle paralyserait l'application du vain sys-
me que nous combattons; et pour l'intérêt de l'époux do-
ataire qui invoquerait l'extension de quotité faite en sa fa-
eur par l'art. 1094, on serait alors dans la nécessité lé-
ale d'ordonner l'exécution simultanée des deux dispositions.

Or, ne doit-on pas s'attendre à voir introduire de sembla-
les clauses dans tous les contrats de mariage si le singulier
ystème se soutient?

Quelle est donc la vérité d'une théorie qui peut être si fa-
lement renversée par la simple prévision du donateur, dont
e seraient victimes que les personnes inattentives ou igno-
ntes, et qui n'emprunte sa force que de subtiles argumen-
tions et de considérations plus ou moins hasardées?

Mais doit-il être nécessaire de recourir au moyen que nous
ennons d'indiquer? Les différentes règles du Code civil, con-
dérées dans leurs détails comme dans l'ensemble, ne suffi-
ent-elles pas pour autoriser à dire que, sous la législation
ouvelle comme sous le droit intermédiaire, une double fa-
ulté, fondée sur des affections distinctes, est accordée à l'é-
oux, l'une en faveur de son conjoint, l'autre en faveur de
s enfants ou même d'un étranger qui s'en sera rendu di-

gne ; que le droit de se montrer libéral envers son conjoint n'efface pas celui de donner à un enfant des témoignages particulier d'affection, à un étranger des signes de gratitude ; que ces deux droits peuvent concourir ; que l'exercice de l'un ne doit pas nuire à l'exercice de l'autre, lorsqu'il n'y a pas abus et lorsque le don fait à l'époux, n'épuisant pas tout ce dont il était permis de le gratifier, une autre libéralité peut encore être faite aux dépens de ce qui reste de la plus forte des deux quotités disponibles ?

N'est-on pas enfin autorisé à soutenir avec la Cour de cassation elle-même, comme elle l'a déclaré dans l'arrêt rendu contre un ascendant, que, la loi n'interdisant pas la distribution des deux quotités disponibles des articles 913 et 1094, la jurisprudence ne peut elle-même l'interdire sans erreur et sans usurpation de pouvoir ?

0401. Néanmoins, comme nous l'avons déjà dit, la question est très-controversée.

Si l'on consulte les auteurs, les plus nombreux, les plus accrédités sont favorables au concours des deux quotités. Telle est l'opinion de Toullier dans son Droit civil, t. 5, nos 871 et 871 bis ; de Delvincourt, t. 1er, p. 731, note 4, des auteurs du Dictionnaire du Notariat, 3e édit. au mot *Portion disponible* ; de Proudhon même qui cependant s'exprime en termes un peu équivoques, *Traité d'usufruit*, t. 1er, nos 357, 358, 359, 360 ; de M. Vazeilles, *Commentaire des Successions et des Donations*, t. 3, p. 328 ; de M. Grenier, surtout dans son *Traité des donations*, 2e édit., t. 2, p. 303 et 304. L'avis de ce dernier auteur est d'autant plus remarquable que d'abord il avait adopté le système restrictif et que des réflexions plus sérieuses l'ont déterminé pour celui du concours.

Duranton, au contraire, est pour le système que nous repoussons.

Chaque système peut s'appuyer de nombreux arrêts.

Le plus grand nombre, on doit le reconnaître, est pour

le système restrictif que la Cour de cassation a jusqu'à présent soutenu et qu'a fortifié un dernier arrêt de cette Cour, du 24 juillet 1839, qui casse un arrêt contraire de la Cour de Lyon.

L'autre système peut invoquer un arrêt de la Cour de Toulouse, du 20 juin 1809; un arrêt de celle de Turin, du 15 avril 1810; un arrêt de celle d'Agen, du 27 août 1819; un arrêt de la Cour de Limoges, du 24 août 1822; deux arrêts de la Cour de Riom, l'un du 22 mars 1823, l'autre du 2 avril 1841.

Lors de ce dernier arrêt, rendu sur la plaidoirie de l'auteur de ce traité la lutte fut vive. Il fallait combattre trois arrêts de la Cour de cassation. Celle de Riom, dans sa noble indépendance, ne se laissa pas entraîner par une jurisprudence qui choquait sa conviction (1). *Non exemplis sed legibus judicandum.*

Le système restrictif, s'il triomphait, pourrait donner lieu à une question secondaire. Que devrait-on décider si l'époux, donataire de l'usufruit de moitié par la première disposition renonçait à cet usufruit pour ne pas priver son enfant du quart en préciput qui lui aurait été donné dans un acte postérieur?

Cette renonciation, en faisant cesser la nécessité de la réduction, ferait aussi cesser dans les autres enfants le droit de la demander, et le don du quart devrait recevoir son exécution. Car pour qu'il y ait lieu à réduction des dispositions il faut que la réserve légale soit atteinte. Lorsque la réserve est conservée la réduction ne peut être demandée. (C. civ.,

(1) V. le dernier arrêt de la Cour de Riom dans la *Presse judiciaire* ou le *Journal des audiences* de cette Cour, n° 129, et dans le Journal de Sirey, t. 41. 2. 328. — Voir dans ce dernier Journal des arrêts contraires de la Cour de cassation du 7 janvier 1824, t. 24. 1. du 21 mars 1837, t. 37. 1. 272, du 24 juillet 1839, t. 39. 1. 633; un dernier arrêt de la Cour de Riom, du 23 mai 1846, 1re chambre, s'est conformé à la jurisprudence de la Cour de cassation. D'autres Cours, et notamment celle de Toulouse persistent dans leur jurisprudence contraire.

art. 921 et 922.) Dans ce cas, les héritiers à réserve n'ont pas à examiner quel est le rang des dispositions. Ce rang et la préférence qui en résulte aux termes de l'art. 924, ne peuvent concerner que les donataires entre eux; et si dans leur exécution les dispositions n'excèdent pas la quotité disponible et laissent la réserve intacte, les héritiers n'ont pas à se plaindre.

Mais pour éviter des difficultés futures entre les enfants, et même des droits que pourrait exiger le fisc, il faudrait que la renonciation de la mère fût faite par une déclaration au greffe, dans la forme ordinaire des renonciations aux successions. Faite en une autre forme et dirigée en faveur de l'enfant donataire, elle aurait à l'égard de celui-ci le caractère d'une libéralité dont la valeur s'imputerait un jour sur la quotité disponible de la part de la mère, et qui autoriserait les préposés du fisc à exiger, dès à présent, le droit de mutation dont est passible toute donation.

Un arrêt de la Cour de Riom, rendu le 26 mars 1816 dans la famille Couvreuil a refusé d'admettre un arrangement de ce genre fait entre une mère et un fils, et qui avait pour but de conserver au fils un don en préciput qui lui avait été fait par le père, la mère consentant à renoncer à son usufruit.

Mais la décision fut déterminée par les circonstances. La mère avait d'abord accepté l'usufruit; elle en était saisie et le droit à la réduction du don fait au fils était acquis aux autres enfants. Ils refusèrent de se prêter à cet arrangement qui était offert dans une instance en partage. La justice ne pouvait les y contraindre.

Dans les cas ordinaires la renonciation de la mère usufruitière doit être admise, et le don fait au survivant des futurs époux devenant ainsi caduc, celui fait par un acte postérieur au profit d'un enfant ou d'un étranger doit sortir son plein effet. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, par arrêt du 20 décembre 1843, que rapporte le journal de Sirey, t. 44. 1. 214, et celui de Dalloz jeune, volume de 1844. 1. 115.

La Cour de Riom, par arrêt du 23 mai 1846, a adopté cette jurisprudence. L'arrêt est rapporté au n° 395 de la *Presse Judiciaire*.

Quoique le donateur laisse moins de deux enfants, le don fait à la mère ne doit jamais excéder la quotité fixée par les articles 1094 et 1098. Si ce don n'atteint pas la disposition permise par l'article 913, l'époux peut gratifier de la différence l'un de ses enfants ou un étranger.

Par exemple, s'il y a deux enfants, et qu'il n'ait été donné à la mère que l'usufruit de moitié des biens, comme cet usufruit n'équivaudrait qu'à un quart en propriété, suivant le calcul admis par la jurisprudence comme par l'usage, cette valeur, même dans le système restrictif que nous venons d'examiner, n'atteindrait pas le tiers disponible d'après l'article 913; le donateur pourrait donc disposer en outre d'un douzième, différence du tiers au quart.

1041. M. Duranton et M. Vazeilles examinent deux questions qui ne paraissent pas présenter de sérieuses difficultés, et sur l'une desquelles cependant ils sont divisés d'opinion.

La première est relative au don indéfini de la quotité disponible en faveur du conjoint.

Cette forme de disposition laisse-t-elle aux héritiers le droit de réduire la libéralité à l'usufruit de moitié, ou l'époux donataire a-t-il le droit de réclamer un quart en propriété et un autre quart en usufruit?

Delvincourt sur cette question n'admet pas la règle de l'obligation alternative qui attribue le choix au débiteur. (Art. 1189 et 1190.) « Quand le testateur, dit-il, donne tout ce dont il lui est permis de disposer, il semble qu'il annonce bien l'intention d'aller aussi loin que la loi lui permet d'aller, et par conséquent de donner le *maximum* du disponible. D'ailleurs, dans une obligation, on doit présumer que le débiteur a entendu s'engager le moins possible; il n'en est pas de même dans les testaments : *Plenius interpretandæ sunt defunctorum voluntates.* »

MM. Toullier, Duranton et Vazeilles adoptent cette solution. M. Grenier, qui en avait émis d'abord une toute opposée, s'y est aussi rendu, et elle a été consacrée par deux arrêts des Cours de Nîmes et de Poitiers, du 20 juillet 1807 et du 20 mars 1823 (1).

Mais M. Duranton pense que la solution devrait être différente pour une disposition conçue en ces termes : *Je lègue à mon époux le quart de mes biens en propriété et le quart en usufruit ou la moitié de tous mes biens en usufruit seulement.*

Dans ce cas, dit M. Duranton, il y aurait alternative, et le choix n'ayant pas été réservé à l'épouse appartiendrait aux héritiers du testateur. (V. Code civil, art. 1190.)

M. Vazeilles combat cette décision. Il rappelle avec vérité que la règle de l'article 1190 n'est faite que pour les obligations ordinaires, et ne s'applique pas aux dispositions gratuites. Il fait observer avec justesse que « disposer dans les » termes même de la loi, qui établissent la mesure de la quo- » tité disponible, c'est faire le plus haut don que la loi au- » torise; que c'est donc conférer au donataire le droit de » choisir, dans les termes alternatifs de la loi, ce qui lui con- » vient le mieux. »

L'auteur ajoute qu'il en serait autrement si le testateur avait dit : « *Je charge mes enfants de remettre à leur mère* » *un quart de mes biens en propriété et un autre quart en* » *usufruit ou la moitié en usufruit seulement.* En présentant » l'alternative à ses enfants, le père leur défère le choix ; » en le présentant à la femme, c'est à elle qu'il le défère. »

L'opinion de M. Vazeilles est exacte et clairement démontrée. (V. *loco citato.*)

Les décisions que l'on vient d'énoncer devraient être les mêmes, et par les mêmes motifs si, au lieu d'être faites par

(1) Delvincourt, t. 2, p. 219, 220; Toullier, t. 5, n° 867; Grenier, 2, n° 450; Duranton, t. 9, n° 790; Dalloz aîné, Jurisprudence générale, t. 16, p. 268, 270; Vazeilles, *des Successions* sur l'art. 1094, n° 11.

testament, les deux dispositions étaient faites entre époux par acte entre-vifs.

1042. La règle écrite dans l'article 1098 fait naître aussi plusieurs questions.

Cette règle a été empruntée du premier chef de l'Edit des secondes noces, publié en juillet 1560, et cet Edit lui-même était tiré de la loi 6, au Code *de Nuptiis*.

Seulement la loi nouvelle comparée à ces lois anciennes présente des différences assez remarquables :

1° L'art. 1098 pose la règle pour l'homme comme pour la femme qui se remarie, tandis que la loi romaine et même la lettre de l'Edit des secondes noces ne parlaient que de la femme. Cependant le droit français l'avait étendue à l'homme;

2° La loi nouvelle limite au quart la faculté de disposer en faveur d'un nouvel époux, lorsque l'on a des enfants d'un premier lit, quelque faible qu'en soit le nombre.

Le droit ancien se bornait à restreindre la quotité disponible à une portion d'enfant le moins prenant.

L'article 1098, en adoptant cette restriction, l'a rendue beaucoup plus rigoureuse pour le cas où il y aurait moins de trois enfants.

Sous le nom d'enfant, d'ailleurs, sont compris les petits enfants *natorum appellatio et ad nepotes extenditur*. L. 104, ff. *de verb. signif.*

Seulement, les petits enfants, lorsque le fils qui leur a donné le jour, est décédé, ne sont considérés que comme représentant leur père, et ne comptent que pour un seul enfant, quelque nombreux qu'ils soient; en sorte que la règle restrictive ne s'applique qu'un égard à la souche. (V. Code civil, art. 740-743.)

Quoiqu'établie dans l'intérêt seulement des enfants du premier lit, la règle profite aussi à ceux nés du second ou du subséquent mariage, et c'est sur le nombre des enfants des divers lits qui existent au décès de l'époux donateur que l'on doit se fixer afin de déterminer la portion d'enfant à

attribuer à l'époux donataire. Ce nombre, augmenté d'un, fait connaître cette portion ; par exemple, si les enfants nés des divers mariages sont au nombre de cinq, l'époux donataire sera considéré comme le sixième, et le don ne pourra dans aucun cas excéder le sixième des biens du donateur; il sera même réductible à une quotité inférieure, si d'autres dispositions avaient été précédemment faites par l'époux donateur, et si la réunion des dons faits à des tiers, et de celui de l'époux réduisaient les enfants à leur réserve légale. Dans ce cas, l'époux donataire ne pourrait obtenir qu'une quotité égale à cette réserve.

Mais il devrait obtenir cette quotité, lors même que l'un des enfants renoncerait à la succession du donateur pour s'en tenir à une libéralité qu'il aurait reçue lui-même, et qui serait cependant plus faible que sa réserve. Il ne peut dépendre de l'un des enfants, par le seul mouvement de sa volonté et en se privant d'un droit, d'affaiblir celui du donataire; un système contraire faciliterait et exciterait entre les enfants une collusion frauduleuse contre le second époux donataire.

Il est néanmoins un cas dans lequel le don fait au second époux devrait être moindre que la réserve légale ; ce serait celui où des donations antérieures et préférables auraient déjà épuisé la presque totalité de la quotité disponible. Car on doit appliquer à l'époux donataire les règles de réduction établies pour tous les donataires en général par les art. 921 et suivants du Code.

Conformément aussi à l'article 922, pour opérer cette réduction, on formera une masse de tous les biens existants au décès de l'époux donateur, et l'on y réunira fictivement tous ceux dont il avait précédemment disposé suivant leur état à l'époque des dispositions et leur valeur au moment du décès du donateur.

Si l'époux donateur, ayant des enfants d'un premier lit, avait contracté plusieurs mariages successifs, et qu'à chaque

convol il eût fait des libéralités à son nouvel époux, la valeur de toutes ces libéralités devrait être calculée, pour le règlement de la portion d'enfant le moins prenant, de manière que, cette portion se trouvant épuisée par les premières libéralités, celle faite au dernier époux serait nulle, quoique réunie aux précédentes elle n'atteignît pas la quotité disponible ordinaire autorisée en faveur des enfants ou des étrangers.

1043. Nous avons dit que la portion, dont le second ou le troisième époux pouvait être gratifié, était déterminée par le nombre des enfants, plus un, que laissait l'époux donateur à son décès.

Nous devons ajouter que pour qu'il en soit ainsi il faut qu'il existe à cette époque des enfants nés des précédents lits. Car c'est seulement à l'ouverture de la succession du donateur que l'on a à examiner s'il y a lieu à l'application de la règle écrite dans l'article 1098; et c'est l'existence à cette époque d'enfants de plusieurs lits qui autorise la réduction et qui appelle les enfants même du dernier lit à profiter des avantages de cette réduction.

Si donc alors il n'existe pas d'enfants ou descendants des mariages antérieurs, quel qu'en ait été le nombre au moment du convol, l'article 1098 reste sans application; l'art. 1094 est la seule règle que puissent invoquer dans ce cas les enfants du dernier lit, et ils ne peuvent demander que les libéralités de leur mère, par exemple envers leur père, soient réduites comme excessives qu'autant qu'elles s'élèveraient à plus d'un quart en propriété et d'un autre quart en usufruit.

C'était la même chose sous l'ancienne législation. Le décès des enfants du premier lit faisait cesser l'Edit. Les lois romaines avaient une semblable disposition. (V. L. 2 et 3, Code *de secund. nuptiis*, *et nov.* 22 *cap.* 22 *et* 23. V. aussi Rousseau-Lacombe aux mots : *Noces secondes*, Recueil de jurisprudence, partie 2.)

1044. Que doit-on décider si les enfants ou quelques-uns d'eux renoncent à la succession du donateur?

S'il y a plusieurs enfants et que la renonciation ne soit pas faite par tous, ceux qui renoncent font cependant nombre pour la fixation de la portion d'enfant attribuée au second époux. Car d'après les articles 913 et 1098 la quotité disponible se détermine par le nombre des enfants que l'auteur de la disposition laisse à son décès, non par le nombre de ceux qui acceptent la succession. Les termes de l'article 913 sont formels. Les libéralités, dit cet article, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant s'il ne *laisse à son décès* qu'un enfant légitime; le tiers s'il en *laisse deux;* le quart s'il en *laisse trois ou un plus grand nombre.*

L'art. 1098 n'est pas moins clair :

Art. 1098. « L'homme ou la femme qui *ayant des enfants* d'un autre » lit contracterait un second mariage, ne pourra donner à » son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins » prenant. »

C'est donc le nombre des enfants existants qu'il faut considérer, qu'ils se portent ou non héritiers du défunt.

Si l'un d'eux renonce, sa part accroît aux autres enfants. (Code civil, art. 786.)

Il importe peu que ce soient les enfants du premier lit qui répudient. Leur renonciation ne peut priver les enfants du second mariage du droit que leur existence leur a attribué. Ce droit est acquis à ceux-ci dès le moment du décès de l'auteur commun. Il ne peut leur être enlevé. Au lieu de l'affaiblir, la renonciation des autres enfants l'augmente.

Si elle était faite par tous les enfants du premier lit, les enfants du second profiteraient des avantages de la loi. L'époux donataire n'en serait pas moins réduit à une portion d'enfant, calculée sur le nombre des enfants des deux lits, plus un, et les enfants du second lit recueilleraient seuls tout le surplus de l'hérédité.

Mais si tous les enfants renoncent à la succession, devra-t-on aussi réduire à une portion d'enfant, au profit des ascendants ou au profit des collatéraux le don fait au second époux?

Non sans doute.

L'article 786 dit, il est vrai, que la part du renonçant, s'il est seul héritier du même degré, *accroît au degré subséquent ;* et à ne considérer que cette règle on devrait dire que tout ce que les enfants qui ont renoncé auraient eu doit appartenir à l'héritier qui les remplace.

Mais cette conséquence, vraie en général, serait fausse appliquée à la réduction des dispositions. Elle est détruite par un autre principe consigné dans l'article 921 du Code, et auquel cède celui de l'article 786.

La réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants-cause. Art. 78

Ce principe, qui s'applique aussi aux dispositions testamentaires, est un corrollaire des règles qui restreignent la quotité disponible en faveur de certaines classes d'héritiers, mais qui l'affranchissent de toute entrave à l'égard des héritiers d'un autre ordre.

Il est rationnel et juste que ceux-là seuls puissent profiter de la réduction en faveur desquels elle a été établie.

On doit donc reconnaître que, si tous les enfants de l'époux donateur répudient son hérédité, les dons qu'il aurait faits à l'autre époux devront recevoir leur pleine exécution comme s'ils avaient été faits à toute autre personne ; des ascendants même ne pourraient les faire réduire que dans les limites fixées par l'art. 1094.

1045. Cependant quelques auteurs pensent que, même en renonçant à la succession de l'époux donateur, ses enfants peuvent demander la réduction des dons qui, faits en faveur d'un second époux, excéderaient une portion d'enfant.

Telle était autrefois l'opinion de Ricard, de Le Brun et de Pothier ; et cette opinion Grenier et Chabot l'adoptent sous le droit nouveau (1).

(1) Ricard, *des Donations*, partie 3, n° 1300 ; Le Brun, *des Succes-*

Selon les anciens auteurs, il n'était pas nécessaire que les enfants fussent héritiers pour profiter du retranchement, parce qu'ils ne tenaient pas leur droit de la loi sur les successions mais de l'Édit des secondes noces; aussi le retranchement ne s'imputait-il pas sur la légitime qui, avant même le retranchement, devait se prendre sur la masse entière des biens y comprise la totalité de la donation. Pour y prendre part il suffisait d'être habiles à se porter héritiers. Les exhérédés n'y avaient pas droit.

A l'appui de leur opinion, MM. Grenier et Chabot disent que la loi accorde la réduction aux enfants sans exiger qu'ils prennent la qualité d'héritiers, et que cette qualité ne leur est pas nécessaire, puisqu'ils ne trouvent pas les biens à retrancher dans la succession du donateur qui s'en était dépouillé par une donation irrévocable à son égard.

Ces auteurs reconnaissent cependant que la demande en réduction des donations ordinaires est une espèce de pétition d'hérédité qui ne peut appartenir qu'à l'héritier.

Mais M. Grenier ajoute « qu'il ne faut pas raisonner pour le cas du retranchement autorisé par l'art. 1098, comme pour celui de la légitime ou réserve; qu'il n'y a pas de parité entre l'exercice de ces deux droits; qu'on aurait pu peser les termes dans lesquels il s'est expliqué : *Le retranchement se fait en faveur des enfants, et non au profit de la succession dont la donation ne fait pas partie.* »

M. Grenier avoue, d'ailleurs, que la doctrine de Ricard ne pourrait s'appliquer ni aux donations testamentaires, ni aux donations par contrat de mariage lorsqu'elles participent de la nature des donations à cause de mort.

Limiter ainsi l'application du système, c'est presque l'annuler. Car il n'est que très-peu de donations faites entre

sions, livre 2, chap. 6, sect. 1, n° 2; Pothier, *Contrat de mariage*, n° 568; Grenier, *des Donat.*, t. 2, n° 706; Chabot, Question transitoires, p. 149, n° 12.

époux qui soient purement entre-vifs et irrévocables (1).

Mais sur quoi est fondée cette distinction? quelle est aussi la base de celle que l'on fait entre les donations ordinaires et celles faites à un second époux?

Les donations entre-vifs faites à d'autres personnes sont aussi irrévocables à l'égard du donateur, sont aussi hors de sa succession au moment de son décès.

Cependant pour les faire réduire, même dans l'intérêt de leur réserve légale, les enfants sont obligés d'accepter la succession du donateur. Ce n'est que *comme héritiers* qu'ils peuvent demander la réduction contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations. L'art. 930 le déclare expressément. Ce n'est aussi que comme héritiers qu'ils peuvent agir même contre les donataires; s'ils répudient ils n'ont rien à réclamer, parce que leur part accroît à leurs cohéritiers ou au degré subséquent. (Code civ., art. 786.)

Or, ce qui est vrai pour le cas d'excès de la quotité disponible ordinaire, pourquoi ne le serait-il pas aussi pour celui où la disposition dépasserait la quotité disponible de l'art. 1098; et si des tiers détenteurs sont en possession d'objets faisant partie d'une donation faite dans ce dernier cas, ne faudra-t-il pas aussi être héritier pour exercer contre eux une action en revendication?

Ne faut-il pas, d'ailleurs, dans les deux cas, représenter le défunt, être, au moins, aux droits qu'il avait avant la donation pour réclamer les objets donnés? Et celui qui renonce, qui n'est pas héritier, qui est censé ne l'avoir jamais été, qui est, en quelque sorte, rayé de la famille du défunt, peut-il revendiquer ce qui ne lui a jamais appartenu, ce que le titre d'héritier à réserve, ce titre qu'il abdique pourrait seul lui attribuer?

N'est-ce pas aussi pour les enfants une vraie réserve lé-

(1) *Nota.* Il n'y en a pas même d'irrévocables faites pendant le mariage (Code civil, art. 1096.)

gale que le résultat de la restriction de la quotité disponible fixée pour le second époux par l'art. 1098?

Quelle différence même peut-on trouver entre cette réserve et la réserve légale de l'art. 913?

Pour les faire évaluer l'une comme l'autre, ne faut-il pas employer les mêmes voies, exercer une pétition d'hérédité, faire composer la masse du patrimoine du donateur, réunir dans ce but aux biens existants au moment du décès tous ceux qui ont été l'objet de dispositions gratuites pendant le cours de la vie du défunt, et calculer sur cette masse quelle devait être la portion d'enfant, afin de connaître s'il y a eu excès dans la disposition faite en faveur de l'époux donataire?

Or, une telle action n'est-elle pas une action héréditaire, et de tels droits peuvent-ils appartenir à un autre qu'à un héritier?

Evidemment la distinction invoquée n'est qu'arbitraire, la différence alléguée n'est qu'illusoire; et si l'on reconnaît, comme on doit le faire, que toutes les parties du Code sont corrélatives, que tous ses articles doivent s'interpréter les uns par les autres, et que les règles générales contenues dans l'un des titres s'appliquent aussi aux règles spéciales comprises dans les autres titres lorsqu'il n'y a pas dérogation expresse, on est dans la nécessité de reconnaître aussi que, pour faire réduire dans ses justes bornes la donation même entre-vifs permise par l'article 1098, il ne suffit pas d'être enfant, il faut encore être héritier, comme pour obtenir la réduction des dispositions autorisées par l'article 913.

Nous n'hésitons donc pas à rejeter l'opinion de MM. Grenier et Chabot, et à nous ranger de l'avis contraire de MM. Toullier, Delvincourt, Duranton, Dalloz et Vazeilles, qui tous repoussent avec force le système que nous venons d'examiner (1).

(1) Toullier, 5, n° 880; Delvincourt, 2, n. 440; Duranton, t. 9, n° 818;

Ce que nous venons de dire sur la réduction des donations faites à un second époux dans le cas de l'article 1098, s'applique par les mêmes motifs à celles faites à un premier époux dans celui de l'article 1094.

Au reste, dans ce dernier cas, personne ne conteste qu'il y ait nécessité de se porter héritier pour avoir le droit de demander la réduction.

1046. Une question a été agitée sur la combinaison des articles 917 et 1094 du Code.

Suivant l'article 917, lorsque « la disposition par acte » entre-vifs ou testamentaire est d'un usufruit ou d'une » rente viagère dont la valeur excède la quotité dis- » ponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une » réserve, auront l'option ou d'exécuter cette disposition, » ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité dispo- » nible. » Art. 917.

Or, nous avons vu que l'article 1094 autorise à donner ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement.

Le don de la totalité de l'usufruit doit-il être réduit à l'usufruit de moitié ; ou est-il attributif d'un quart en propriété et d'un autre quart en usufruit si la réduction est demandée?

La cour d'Amiens a jugé une question semblable, par arrêt du 15 février 1822 ; elle a décidé que le don d'usufruit de tous les biens fait à un second époux par une personne qui avait des enfants d'un autre lit devait se réduire non à la propriété mais au simple usufruit d'une portion d'enfant (1).

Dalloz aîné, t. 6, chap. 12, sect. 4. art. 2, n° 26 ; Vazeilles sur l'article 1098, n°s 13 et 14.

(1) Les Cours d'Angers et de Bourges ont jugé dans le même sens, les 8 juillet 1840, et 28 janvier 1843. (Sirey, 40, 2. 391, et 43. 2. 194.)

Ces décisions paraissent contraires à la loi. Voir cependant contre notre opinion Proudhon, *Traité de l'usufruit*, t. 1, n° 345.

Il n'y aurait pas, au reste, de difficulté sur l'attribution de la plus forte quotité si la donation comprenait l'universalité des biens en toute

Ses motifs ont été que le donateur avait bien voulu grever ses enfants d'un usufruit, mais sans les priver d'aucune portion de propriété.

Mais un tel motif pourrait être invoqué toutes les fois que la quotité de l'usufruit donné excéderait la quotité disponible en propriété, et l'on paralyserait ainsi la règle écrite dans l'article 917.

Ce motif n'est pas même exact ; car le donateur est présumé avoir connu la loi. Il n'est pas légalement permis de supposer qu'il l'a ignorée. Il a donc su ou dû savoir, en donnant une quotité d'usufruit plus grande que la quotité dont il aurait pu disposer en propriété, il a su ou dû savoir qu'il exposait son héritier à être obligé ou d'exécuter le don tel qu'il était, ou de délaisser la quotité disponible. Il est, par conséquent, présumé avoir voulu soumettre son héritier à cette condition. Le contraire ne peut se supposer.

Mais on a prétendu que l'article 917 ne se référait qu'aux dons permis par les articles 913 et 915, et qu'il était étranger aux dispositions entre époux qui sont l'objet d'un chapitre particulier.

Un tel argument est contraire aux principes les plus élémentaires du droit. Il a toujours été de principe que, pour juger sainement une difficuté, il fallait porter son attention sur les détails comme sur l'ensemble de la loi, en comparer les diverses parties, les combiner entr'elles, les expliquer les unes par les autres. Car toutes leurs dispositions sont corrélatives ; *Incivile est nisi totâ lege perspectâ judicare.*

En considérer les différentes dispositions isolément c'est s'exposer à de graves erreurs.

Cela est vrai pour le corps entier du droit civil réuni sous le titre de Code. Cela doit être vrai, surtout pour tous les articles qui dans ce Code sont placés dans le même titre et destinés à une matière particulière, par exemple pour le

propriété, Toullier, t. 5, n° 867 ; Duranton, t. 9, n° 790 ; Vazeilles, *des Donations*, sur l'art. 1094 ; Grenier, t. 2, n° 450.

titre 2, du livre 3, où sont tracées toutes les règles relatives aux dispositions à titre gratuit. Dans les divers chapitres de ce titre on remarque des règles générales et des règles spéciales. Le chapitre 3, notamment, contient plusieurs règles générales qu'il eût été superflu, ridicule même de répéter dans les chapitres suivants, et qui doivent cependant s'y appliquer et servir de complément aux règles spéciales contenues dans ces chapitres.

Concluons de là que l'époux donataire de l'usufruit de la totalité des biens, a le droit d'exiger ou cet usufruit dans toute son étendue, ou l'abandon de la plus forte des quotités disponibles même en propriété, fixées soit par l'article 1094 soit par l'article 1098, selon les cas (1).

Il en serait autrement si une intention contraire du donateur résultait clairement de l'acte, la volonté de celui-ci devant surtout servir de règle.

1047. Il est une autre question d'interprétation qui a exercé l'argumentation des anciens et des nouveaux auteurs.

Si un époux, ayant des enfants au moment de son convol et à celui où il gratifie son second conjoint, mais n'en ayant plus au moment de son décès, avait disposé en termes vagues et s'était borné à dire qu'il donnait une part d'enfant, quelle portion devrait-on attribuer au donataire?

Dans l'ancien droit on lui attribuait la moitié des biens, en invoquant une maxime puisée dans la loi 164, ff. *de verb. signif.*, suivant laquelle le legs d'une portion indéterminée doit valoir la moitié de la chose. *Si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur.*

Le Brun pensait qu'on ne devait rien accorder aux parents collatéraux du donateur, et que le donataire devait tout recueillir d'après l'intention présumée de l'auteur de la disposition.

Mais tous les autres auteurs avaient considéré qu'on ne

(1) Opinion conforme de M. Vazeilles sur l'art. 1098, t. 3, p. 359, n° 18, et de Coulon, Questions de Droit, t. 2, p. 554, dialogue 91.

pouvait, dans aucun cas, étendre à l'universalité des biens, le don qui, dans l'acte avait été limité à une portion d'enfant, et ils accordaient la moitié comme étant la plus forte portion possible puisqu'elle était calculée sur l'existence d'un seul enfant (1).

La plupart des auteurs modernes ont été aussi d'avis que le don d'une part d'enfant ne pouvait dans aucun cas s'étendre à l'universalité des biens.

Mais considérant que la plus forte quotité accordée au second époux par l'article 1098, était limitée au quart, ils ont décidé que le don d'une part d'enfant ne pouvait s'élever au-dessus de ce taux.

M. Vazeilles est d'une opinion opposée ; il veut que l'époux donataire recueille toute la succession, parce que, dit-il, assimilé par le don à un enfant, il est juste qu'il obtienne tout ce qu'un enfant aurait obtenu lui-même, et que dans ce cas ce n'est plus l'article 1098 du Code qui doit régir la disposition, mais les articles 913 et 915.

L'opinion de M. Vazeilles peut être équitable. Mais elle ne repose que sur des considérations, et elle a le tort d'être en opposition directe avec les termes de la donation.

Il est, en effet, impossible de transformer le don d'une part d'enfant en une donation de l'universalité des biens. Le sens grammatical ne s'y prête pas, le sens légal ne le permet pas davantage.

On peut, il est vrai, présumer que l'auteur de la disposition aurait tout donné à son second époux s'il eût prévu qu'il ne laisserait pas d'enfant.

Mais outre que cette présomption est incertaine, c'est que, quelque vraie même qu'on la suppose elle n'autorise pas à substituer à une disposition claire mais restreinte qui existe,

(1) Le Brun, liv. 2, chap. 6, Dist. 5, n° 12; Ricard, partie 3, n° 1281; Pothier, *Contrat de mariage*, t. 2, n° 598, et *des donat.*, art. 75; Lacombe (*Noces secondes*), partie 1, n° 6.

une autre disposition qui aurait pu être faite, s'il y avait eu prévision, mais qui réellement n'existe pas.

Faire une telle substitution ce n'est pas interpréter un don, c'est le créer, c'est mettre sa volonté à la place de celle du donateur, c'est disposer de la chose d'autrui.

L'opinion des autres auteurs est fort rationnelle, non-seulement en refusant de donner tout à celui auquel il n'a été donné qu'une portion d'enfant, mais encore en limitant cette portion au quart. Les termes de l'article 1098 et la volonté exprimée par le donateur ne permettent pas d'accorder une portion plus forte, puisque le quart est la quotité la plus élevée qu'un époux qui convole, ayant des enfants d'un premier lit, puisse donner à son second époux, et que le donateur, par cela même qu'il avait des enfants au moment où il a donné, par cela même qu'il a déclaré alors ne donner qu'une portion d'enfant, nécessairement a fixé son attention sur la règle prohibitive écrite dans l'article 1098, et a entendu s'y soumettre (1).

1048. Les donations entre époux pendant le mariage exigent quelques autres observations sur leur révocation, sur leur caducité, et lorsqu'elles sont maintenues, sur leur exécution après le décès du donateur.

Ces donations peuvent être révoquées.

L'article 1096 s'exprime ainsi :

« Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables. Art. 109

» La révocation pourra être faite par la femme sans y être autorisée par le mari ou par la justice.

» Ces donations ne seront point révoquées par survenance d'enfants. »

Cette dernière partie de l'article était nécessaire pour déroger à la règle générale posée dans l'article 960 qui prononce la révocation par la survenance d'enfants de toutes

(1) V. sur cette question, Grenier, t. 2, n° 681; Toullier, 5, n° 588; Delv., 2, p. 445; Duranton, 9, n° 823; Vazeilles sur l'art. 1098, n° 12.

donations entre-vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants vivants au temps de la donation. Ce soin qu'a eu ici le législateur d'établir cette exception vient à l'appui de la doctrine que nous avons professée plus haut, en combinant les articles 917 et 1094 du Code civil, sur la corrélation de toutes les règles contenues dans les divers chapitres du titre 2 du livre 3 relatifs aux dispositions à titre gratuit, et de l'application que l'on doit faire des règles générales exprimées dans les premiers chapitres de ce titre aux règles spéciales qui se trouvent dans les chapitres suivants.

On remarquera, au reste, que ce principe écrit pour les donations entre époux est le même que celui qui, quoique non écrit pour les dispositions testamentaires, a toujours été reconnu; savoir, que ces dispositions ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants légitimes du testateur.

Le motif de l'exception est sensible. La loi n'a pas dû ordonner de plein droit une révocation qui était facultative de la part de l'auteur du don ou du legs, et qu'il est présumé ne pas avoir voulu faire s'il ne l'a pas déclaré lui-même.

La révocabilité des donations entre époux les fait participer au caractère des dispositions testamentaires avec lesquelles elles ont, sous ce rapport, beaucoup d'analogie.

Par leur forme, elles sont assimilées aux donations entre-vifs; par leurs effets, elles peuvent l'être aux donations testamentaires. C'est ce qui fut reconnu dans les motifs de l'arrêt, rendu le 5 décembre 1816, par la Cour de cassation qui rejeta un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Nancy confirmatif d'un don entre-vifs fait par un époux à sa femme, de tous les biens qu'il délaisserait à son décès.

« Attendu, dit l'un de ces motifs, que les donations entre » époux pendant le mariage, forment une classe intermé- » diaire qui participe tout à la fois de la nature des dona- » tions entre-vifs et de celle des donations testamentaires. »

De cette faculté de révoquer découlent plusieurs conséquences :

La transcription des donations d'immeubles est inutile, puisqu'elle n'empêcherait pas la révocation, et ne priverait pas le donateur du droit d'aliéner ou d'hypothéquer, ce qui est le but principal de la formalité de la transcription.

Par un motif semblable, il semblerait que dans les donations de biens présents et à venir un état estimatif du mobilier ne serait pas nécessaire. Cependant la loi l'exigeant par l'article 948 pour toutes les donations d'effets mobiliers sans distinction, et l'article 947, qui affranchit les donations entre époux faites pendant le mariage de plusieurs formalités, ne les dispensant pas de celle-là, on doit la remplir. D'ailleurs, elle autoriserait l'époux donataire à réclamer un jour la valeur estimative de ces effets s'ils ne se retrouvaient pas dans la succession du donateur, et s'il ne résultait d'aucun acte une révocation expresse ou tacite. L'état estimatif est nécessaire aussi pour le calcul des légitimes des enfants qui se fixent d'après la valeur de la masse du patrimoine du donateur, y comprise celle des objets mobiliers compris dans la donation.

Une conséquence plus juste du principe de la révocation est relative au don fait à son mari par une femme mariée sous le régime dotal. Le don est valable parce que l'aliénation qui en résulte n'est pas absolue puisqu'elle est révocable et qu'elle ne devient définitive que par le décès du donateur. La Cour de Riom a jugé ainsi la question par un arrêt du 5 décembre 1825 (1).

Les modes de révocation admis pour les testaments peuvent-ils l'être aussi pour les donations entre époux? (Voir les articles 1035 et suivants du Code civil.) La loi ne s'explique pas textuellement à cet égard au chapitre des donations entre époux; mais de son silence même il est naturel de con-

(1) D., t. 27. 2. 112; voir aussi sur ces différentes questions, Grenier, 2, n° 452 bis et suivants; Toullier, 5, n° 919; Delvincourt, tome 2, p. 448-449; Vazeilles sur l'article 1196.

clure qu'elle a voulu s'en référer aux moyens précédemment indiqués par elle pour un cas semblable. Au reste ces moyens sont ceux indiqués dans les lois romaines, vaste magasin où, à l'exemple du droit ancien, le droit nouveau puise aussi ses règles dans le silence de la législation.

1049. La révocation peut donc aussi être expresse ou tacite.

Elle est tacite lorsque par des actes postérieurs l'époux donateur a fait des dispositions, soit à titre gratuit, soit même à titre onéreux, qui sont incompatibles avec les donations ou qui lui sont contraires.

Mais comme la révocation tacite est seulement l'effet de l'intention présumée du donateur, il faut que cette intention ressorte bien clairement de l'acte postérieur. Dans le doute, la donation est considérée comme maintenue.

La Cour de cassation par un arrêt du 9 juin 1830, a donné un exemple d'une révocation tacite. Une femme mariée avait donné pendant le mariage, tous ses biens à son mari. Postérieurement, elle donna sous l'autorisation de son mari une somme fixe *même par préciput*. Ce don *en précipu* fait à un successible, indiquait dans la donatrice l'intention que sa succession fût partagée entre ses héritiers naturels. Car la stipulation du préciput était inutile et sans but si l'époux donataire avait dû recueillir tout le surplus des biens du donateur.

La Cour de cassation a vu dans cette circonstance une preuve de l'intention de révoquer la donation universelle faite à l'époux (1).

Mais une donation postérieure en faveur d'un enfant d'un premier lit, quoique faite à titre de préciput, ne révoquerait pas le don d'une somme déterminée faite antérieurement pendant le mariage par un époux à son épouse, quoique les deux donations réunies excédassent la quotité disponible,

(1) D., 30. 1. 279.

surtout s'il n'était pas justifié qu'à l'époque de la seconde disposition le donateur savait que les deux libéralités excédaient cette quotité disponible. La preuve de l'intention de révoquer manquant la première donation devrait être maintenue.

C'est ce qu'a jugé la Cour de Toulouse par arrêt du 21 mai 1829 (1).

1050. La donation entre époux est révoquée lorsque la chose est donnée à une autre personne ou lorsqu'elle est vendue, en un mot lorsqu'elle est aliénée de quelque manière que ce soit, même sous faculté de rachat, même aussi par échange. L. 12, Cod. *de Donat. inter vir. et uxor.* (Code civil, art. 1038.)

L'incapacité du second donataire ou son refus de recueillir la chose donnée n'effacerait pas la révocation, parce que, l'intention de révoquer ayant été manifestée dans un acte, l'effet est produit.

La donation de tous les biens présents et à venir ne serait cependant pas révoquée par l'aliénation d'objets qui faisaient partie des biens donnés. Le donataire universel aurait, comme un légataire universel, droit au prix resté dû. (Arrêt de la Cour de Riom, du 5 décembre 1825, D., 27. 2. 112.)

L'hypothèque conférée sur la chose donnée n'opérerait pas la révocation. Car hypothéquer n'est pas aliéner. C'est seulement fournir un gage que le débiteur peut avoir l'espoir et l'intention de libérer.

Mais le donataire doit souffrir l'hypothèque lorsqu'il se met en possession de l'immeuble. Il ne peut exiger qu'on le dégage. (*Nov.* 162, *cap.* 1 ; argument tiré de l'art. 1020 du Code civil.)

Seulement s'il était poursuivi hypothécairement, il aurait

(1) S., 30. 2. 22.

son recours contre les héritiers du donateur. (Argument de l'art. 874 (1).

On peut voir d'autres détails dans le Recueil de jurisprudence de Lacombe, au mot *Donation*, partie 2, sect. 4. Les solutions concises mais exactes qu'il présente pour le droit ancien sont, en général, parfaitement applicables au droit nouveau.

1051. Tout ce que nous avons dit sur les donations faites entre époux pendant le mariage est étranger à celles qui ont eu lieu sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2. Cette loi qui les protégeait spécialement ordonnait par ses articles 13 et 14 que les avantages singuliers ou réciproques faits entre époux et résultant soit de leurs contrats de mariage, soit de dispositions postérieures telles « qu'institutions, dons entre-vifs ou legs, obtiendraient leur effet, sauf néanmoins leur conversion ou réduction en usufruit de moitié dans le cas où le donateur laisserait des enfants.

De là on a conclu que les donations faites sous l'empire de cette loi n'étaient pas révocables, qu'elles ne devenaient pas même caduques par le prédécès du donataire, et que celui-ci les transmettait à ses héritiers malgré la survie du donateur. Arrêt de cassation, du 16 juin 1818, Sirey, t. 18. 1. 318; D., 16. 1. 440.

La loi de nivôse avait dérogé à l'ancien droit français.

Serait irrévocable aussi quoique faite sous le Code civil, une donation faite par un époux à son conjoint en remplacement d'une donation contenue dans leur contrat de mariage passé sous une législation qui permettait aux époux de changer, d'un consentement commun, leurs conventions matrimoniales. (Arrêt de la Cour de cassation du 24 août 1825 (2).

Cette Cour a pensé que la loi du contrat de mariage devait régir la convention nouvelle, et que la seconde dona-

(1) Toullier, 5, n° 924; Delv., 2. 430; Vazeilles sur l'article 1096, n° 11.
(2) D., 25. 1. 430.

tion remplaçant la donation primitive, était subrogée à son caractère d'irrévocabilité qui ne pouvait être effacé que par le consentement commun des deux époux.

Le principe sur la révocation des donations faites entre époux pendant le mariage a reçu une forte atteinte par les créations des majorats, et par un décret du 17 mars 1809, qui statue que « la femme peut constituer en majorat, en faveur de son mari et de leurs descendants communs, ses biens propres, sans qu'il soit besoin d'autre autorisation que de celle requise par l'art. 217 du Code civil. »

M. Vazeilles se demande si un décret impérial a pu déroger au Code civil?

La réponse est écrite dans la constitution du 22 frimaire qui attribue force de loi aux actes du gouvernement, quoiqu'ils renferment des dispositions législatives si, dans un délai déterminé, ils ne sont pas annulés par le Sénat comme inconstitutionnels.

Ce décret n'est plus en vigueur aujourd'hui; il a été aboli par la loi du 12 mai 1835, qui a interdit désormais l'institution des majorats, mais dont l'effet, n'étant pas rétroactif, laisse subsister ceux créés précédemment.

1052. La révocation n'est pas la seule cause d'extinction des donations faites pendant le mariage.

Elles peuvent être détruites par les mêmes causes qui autorisent à révoquer les dispositions testamentaires auxquelles on les assimile avec raison. (V. C. civ., art. 1046, 1047, 953, 954, 955.)

Elles le sont aussi par la caducité.

Considérées comme donations entre-vifs du caractère desquelles elles participent, les causes de révocation déterminées par les art. 953, 954, 955 leur seraient aussi applicables; l'art. 959 ne s'opposerait pas à cette application, cet article n'établissant d'exception que pour les donations en faveur du mariage, c'est-à-dire pour celles que renferment les conventions matrimoniales.

Mais, comme pour les dispositions testamentaires, ce seront, en général, les héritiers du donateur ou ses représentants qui auront à proposer les causes de révocation, le donateur lui-même pouvant révoquer par le seul mouvement de sa volonté, sans donner de motifs et par une simple déclaration.

La cause d'inexécution des conditions pourra, il semble, être proposée par toute partie intéressée.

Celles qui résultent de l'attentat à la vie du donateur, et de sévices, délits ou injures graves envers lui ne peuvent être invoquées que par les héritiers qui sont les vengeurs naturels de la personne et de la mémoire du défunt.

Il n'entre pas dans notre plan de développer dans leurs détails les principes sur la révocation ; on peut consulter sur la matière MM. Grenier, t. 1, n° 211 et suivants; Toullier, tome 5, n° 322 et suivants ; Delvincourt, t. 2, p. 284 ; Duranton, t. 8, n° 550 et suivants ; Favard, Répertoire, au mot *Aliments*, n° 6; Vazeilles dans son *Commentaire des Successions et des Donations*, et des art. 953 et suivants du Code.)

La caducité des donations entre époux pendant le mariage s'opère par le prédécès du donataire. Leur analogie avec les dispositions testamentaires ne permettent pas qu'elles passent aux héritiers du donataire, lorsque celui-ci n'en a pas été définitivement et irrévocablement saisi.

Telle était la règle dans l'ancien droit, où elle était déclarée par la loi 32, § 14, ff. *de Donat. int. vir. et uxor. si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit.*

La règle est aussi rappelée dans la Loi 6. 18. 20 C., *eod.... : Donatio inter conjuges nullius est momenti donatario prœmoriente.*

Telle doit être aussi la règle aujourd'hui. Elle est écrite formellement, pour les donations faites entre époux par contrat de mariage, dans l'art. 1093 qui porte que ces donations, quoique irrévocables, ne seront point transmissibles

aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur.

Elle doit s'appliquer à plus forte raison aux donations faites pendant le mariage qui ne sont présumées faites qu'en considération et dans l'intérêt seulement de l'époux donataire, que l'intérêt des enfants communs n'a pas dictées puisque si cet intérêt en eût été le mobile elles auraient été stipulées en leur faveur plutôt qu'en faveur de l'époux, puisque d'ailleurs l'époux donateur est toujours libre de les gratifier; que l'on peut encore moins supposer avoir été faites dans l'intérêt des parents soit directs soit collatéraux du donataire mais étrangers au donateur; qui, au reste, ce qui est décisif, sont toujours révocables et que le donataire ne peut transmettre à des héritiers puisqu'il n'en meurt pas saisi définitivement.

Comment, en effet, pourrait-on concilier le droit de révocation, qui appartient au donateur jusqu'au dernier moment de sa vie, avec le droit de transmission de l'objet donné, de la part du donataire à ses propres héritiers, et comment admettre en faveur de ceux-ci l'existence d'une donation imparfaite par l'absence de la saisine du donataire. et par défaut de renouvellement à leur profit ?

M. Mazeyrat dans ses questions sur le Code civil, pense qu'il y a caducité de la donation par le prédécès de l'époux donataire. Telle est aussi l'opinion de Grenier, *des Donations*, t. 2, n° 454; de Delvincourt, t. 2, p. 667 (édit. de 1819); de Toullier, t. 5, n° 918; de Vazeilles, *des Donations*, sur l'art. 1096; de Rolland de Villargues, *Répertoire du Notariat*, *verbo Donation entre époux*, n° 32, 1re édit. et n° 71 2me édit.; de Duranton, t. 2, n° 777; de Champonnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. 4, n° 2989.

Cependant la Cour de cassation, par arrêt du 18 mars 1845, a décidé le contraire en cassant un arrêt de la Cour de Rennes qui avait déclaré caduque une donation de biens présents faite entre époux, parce que le donateur avait survécu au donataire.

Il est douteux que cet arrêt fasse jurisprudence, mais c'est un avis à l'époux donateur qui survit, de révoquer la donation après la mort du donataire. Cette révocation, autorisée par l'art. 1096 dans tous les cas, prévient la difficulté.

Si les donations entre époux ne sont pas devenues caduques par le prédécès du donataire ou si elles n'ont pas été révoquées par le donateur, elles doivent recevoir leur exécution jusqu'à concurrence de la quotité disponible d'après les articles 1094 et 1098 du Code. Pour cette exécution, la délivrance n'est pas nécessaire. La loi ne l'exige que pour les legs (C. civ., art. 1011 et 1014). Le donataire par acte entre-vifs, l'époux est irrévocablement saisi dès le moment du décès du donateur ; et dès cet événement aussi les jouissances de la chose donnée lui appartiennent.

Comme donataire entre-vifs, il n'est exposé à la réduction du don qu'autant que la valeur de toutes les dispositions testamentaires a été épuisée ; et même s'il y a d'autres donations postérieures en date à la sienne, la réduction ne peut l'atteindre tant qu'il reste quelque chose à prendre sur les moins anciennes. Car ses droits remontent à la date même de son titre, à moins que les donations postérieures n'annonçassent dans le donateur, par leurs termes et par les circonstances dont elles seraient entourées, l'intention évidente de révoquer celle faite à son époux.

1053. Jaloux de l'observation des règles que dans l'intérêt des époux eux-mêmes il avait établies, le législateur a voulu en prévenir la violation par la peine de nullité qu'il prononce dans l'article 1099.

t. 1099. « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.

» Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle. »

L'article 1100 ajoute :

t. 1100 « Seront réputées faites à personnes interposées, les do-

» nations de l'un des époux aux enfants où à l'un des en-
» fants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles
» faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera
» héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce
» dernier n'ait point survécu à son parent donataire. »

L'article 1099, après avoir dans un premier paragraphe interdit aux époux de se donner *indirectement* au delà de ce qui leur est permis par les articles précédents, déclare nulle, par un second paragraphe, toute donation déguisée ou faite à personne interposée.

La nullité est-elle absolue ou n'est-elle que relative, c'est-à-dire peut-elle être invoquée par les héritiers de tous les degrés, ou n'est-elle prononcée que dans l'intérêt des héritiers à réserve, et la donation est-elle nulle pour le tout ou est-elle seulement réductible à la quotité disponible?

On doit répondre malgré les termes irritants de l'article que la nullité n'est que relative.

Des collatéraux, par exemple, ne pourraient pas la demander. Car à leur égard, les articles qui précèdent le 1099me ne limitent pas la faculté de disposer; en sorte que la prohibition n'existant pas en leur faveur, il ne peut y avoir, dans leur intérêt, de peine attachée au déguisement.

Quant à l'excès de la donation déguisée, elle ne doit autoriser qu'une réduction. C'est même ce qu'indique la combinaison des deux paragraphes de l'article 1099. Dans le premier on interdit de donner au delà de la quotité disponible; dans le second, si on déclare nulle toute donation déguisée, ce n'est que comme conséquence de la prohibition qui précède; et la prohibition ne s'appliquant seulement qu'à ce qui dans le don indirect excède la quotité disponible, la nullité ne doit aussi s'appliquer qu'à cet excédant. C'est que démontrerait, au besoin, l'article 1527 du Code civil, article relatif à une donation déguisée sous la forme d'une convention de communauté. Cet article n'annule pas com-

plètement la convention ; il veut seulement qu'elle soit sans *effet pour tout l'excédant* de la portion disponible.

L'article 1527 doit servir à interpréter l'article 1099. On sait que les lois se prêtent un mutuel secours par une saine interprétation. *Leges priores ad posteriores trahuntur et è contrà.*

Tel est aussi le sens que, dans la pratique, on a donné à l'article 1099.

Cependant un arrêt de la Cour de cassation, du 30 novembre 1831, qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Agen, a frappé de nullité absolue, au lieu de la réduire à la quotité disponible, une donation déguisée faite par un époux ayant des enfants d'un premier lit au profit de son nouvel époux (1).

Mais un arrêt de simple rejet est une décision de circonstance qui ne fera pas jurisprudence.

Nous ne dissimulerons cependant pas que l'opinion que nous venons d'émettre est contraire à celle professée par des auteurs des plus recommandables, notamment par MM. Grenier, Toullier, Dalloz aîné. Nous avons préféré celle de MM. Duranton et Vazeilles qui est aussi celle de Poujol et de Coulon, parce que l'expression indéfinie de nullité qui se trouve dans l'article 911 est ainsi restreinte par la jurisprudence ; parce que le donataire étant capable de recevoir, la nullité ne s'applique qu'à la portion de libéralité qui excède la quotité disponible ; parce que la loi, dans ses dispositions, n'a pour objet que de garantir la réserve qu'elle a établie ; parce qu'enfin, suivant la juste remarque de M. Vazeilles, la simple présomption ou la fiction légale ne saurait produire des effets que la réalité ne produirait pas (2).

(1) Sirey, 32, 1, 134.

(1) Duranton, 9, n° 831 ; Vazeilles sur l'art. 1099, n°s 15 et 16 ; Poujol, *Traité des donations*, tome 2, p. 592 ; et Coulon, t. 2, p. 1.

Voir aussi dans le sens de la validité de la donation, un arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1837, et un arrêt de la Cour de Bourges du

1054. Une autre question qui n'est pas sans importance est relative aux personnes qui peuvent demander la nullité ou la réduction d'une donation déguisée.

En général, pour les dons ordinaires l'action n'appartient pas au donateur lui-même. Ses héritiers seuls ont le droit d'agir, lorsque leur réserve est atteinte.

Mais il ne doit pas en être ainsi pour des donations faites entre époux pendant le mariage. Comme l'article 1096 les déclare toujours révocables, il ne peut être permis de leur attribuer l'irrévocabilité par un déguisement de contrat ou une interposition de personnes. L'époux donateur, qui par faiblesse ou toute autre cause se serait prêté à ce déguisement, recouvrerait son droit de révocation en prouvant la simulation.

C'est aussi ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 11 novembre 1834 (1).

L'article 1100 déclare personnes interposées les enfants issus d'un autre mariage de l'époux donataire ou les parents de celui-ci, s'il était leur héritier présomptif au jour de la donation.

Ces exemples ne sont qu'indicatifs ; ils ne sont pas limitatifs ; ils signalent de plein droit comme avantage indirect les donations faites aux individus qu'ils désignent comme personnes interposées. Mais l'article n'est pas exclusif de la preuve d'interposition relativement à toutes autres personnes que les circonstances décèleraient.

Un arrêt de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Metz qui avait signalé comme personne interposée un frère de l'époux donataire quoique l'article 1100 ne parle pas d'un parent de ce degré (2).

29 mars 1836. (Sirey, 37, 2, 322 et 343).— Dans le sens de la nullité, voir un arrêt de Cassation du 29 mai 1838. S., 38. 1. 481. *Contrà*, Grenier, t. 2, n° 691 ; Toullier, t. 5, n° 901 ; Dalloz aîné, jurisprudence générale, t. 6, chap. 12, sect. 4, art. 3, n° 3.

(1) D., 35. 1. 18.

(2) S., 16. 1. 433 ; D., 14. 1. 274.

Nous bornerons à ces courtes observations notre examen des donations déguisées, sur lesquelles et sur les nombreux moyens de simulation inventés par les ruses de l'intérêt, l'on pourrait faire une longue dissertation. Elle serait superflue ici, et l'on peut consulter sur ces détails les auteurs que nous avons déjà cités.

CHAPITRE III.

Droits et obligations qui résultent du mariage à l'égard des enfants qui en sont provenus.

SOMMAIRE.

1055. *Division du chapitre* 3 *du titre* 6.

1055. Ce chapitre se divise naturellement en deux sections : L'une pour l'explication des droits, l'autre pour celle des obligations.

Section Ire.

Des droits des père et mère sur les enfants nés du mariage.

SOMMAIRE.

1056. *Causes de la puissance paternelle.*
1057. *Son étendue, sa rigueur et sa durée chez les Romains.*
1058. *De la puissance paternelle dans l'ancien droit français.*
1059. *Système du Code et ses motifs.*
1060. *Les effets de la puissance paternelle sont l'objet de différents titres du Code.*
1061. *L'exhérédation n'est pas un droit.*

Une partie de ces droits a été examinée en traitant des empêchements du mariage et des oppositions que les père et mère ou à leur défaut les ascendants peuvent former aux mariages de leurs enfants et descendants.

Les autres droits principaux ont pour objet la puissance paternelle et la tutelle. Deux paragraphes y seront consacrés.

---

§ Ier.

De la puissance paternelle.

La puissance paternelle doit être considérée :

Dans son origine et ses caractères,

Dans les personnes auxquelles elle appartient, et dans sa durée,

Enfin dans ses effets.

Article Ier.

De l'origine et du caractère de la puissance paternelle.

1056. « La puissance paternelle dérive de la nature. Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et les besoins; la nature veut que dans ce premier âge, celui de l'enfance, le père et la mère aient sur leurs enfants une puissance entière qui est toute de défense et de protection. »

Dans le second âge, vers l'époque de la puberté, l'enfant a déjà observé et réfléchi.

Mais nulle expérience n'a formé son jugement; livré aux passions, exagérant ses espérances, s'aveuglant sur les obstacles, la puissance paternelle lui est nécessaire pour le protéger, pour le diriger à travers les écueils pour ajouter la vie morale à l'existence physique, et dans l'homme naissant préparer le citoyen.

Arrive l'âge où l'homme est en état de marcher, où il devient lui-même chef d'une nouvelle famille, où la nature et la loi relâchent pour lui les liens de la puissance paternelle. Mais dans des souvenirs qui ne s'effacent jamais, dans l'éducation dont il recueille les fruits, dans cette existence dont seulement alors il apprécie bien la valeur, il retrouve de nouveaux liens qui sont formés par la reconnaissance. En

vain la loi civile l'affranchirait alors de toute espèce d'autorité paternelle, la nature plus forte que la loi le maintiendrait éternellement sous cette autorité (1).

1057. Aussi, chez tous les peuples la puissance paternelle a-t-elle été reconnue.

Chez les Romains elle était despotique et d'une rigueur toute particulière à ce peuple.

Elle était semblable au pouvoir du maître sur ses esclaves.

Elle donnait au père le droit de vendre le fils, de l'exposer comme une chose qui lui appartenait, de le tenir en prison, de le faire battre de verges, de l'assujettir aux travaux les plus durs, même de le condamner à mort. L'histoire romaine présente plusieurs exemples de cette rigueur exorbitante.

Elle donnait aussi aux pères le droit d'exhéréder leurs enfants et même de s'emparer de tous leurs biens.

Elle durait pendant toute la vie du père, et s'étendait même aux enfants du fils, tant qu'ils n'avaient pas été émancipés.

La puissance paternelle se maintint ainsi pendant toute la durée de la république; elle fut adoucie sous les Empereurs. Le droit de vie et de mort fut d'abord restreint, et ensuite converti en droit de simple correction par une constitution de Constantin. L. *unic. C. de his qui liber. occid. et* L. 1. ff. *de leg. pomp. de parricid.* Cependant la loi *Julia* réservait au père le droit de vie et de mort s'il surprenait sa fille en adultère. On ignore l'époque où le droit de vendre fut complètement aboli.

Constantin par la loi 2, *Cod. de patribus qui liberos distruxerunt*, le réduisit au cas où le père serait dans un état d'indigence extrême, et l'enfant nouvellement né. Encore voulut-il que le père pût toujours reprendre son enfant en offrant au maître sa valeur ou un autre esclave de la même qualité.

(1) Analyse des motifs du titre de la puissance paternelle exposés par M. Réal; voir la législation de Locré sur ce titre, commentaire 5, n. 1.

1058. La puissance paternelle telle à peu près qu'elle était dans le dernier état des lois romaines, et que les novelles l'avaient restreinte, s'observait en France dans les pays de droit écrit. Elle se maintenait sur les enfants mâles pendant toute la vie du père. Le mariage même ne les en affranchissait pas, et les petits enfants nés de ce mariage y étaient soumis. Elle était effacée par le mariage des filles qui entraient dans une nouvelle famille.

L'Auvergne était, sur cette matière, régie par des principes semblables. (V. l'article 2 du titre 11 de la Coutume d'Auvergne.)

Le principal effet de cette puissance était en Auvergne comme en pays de droit écrit d'attribuer aux pères l'usufruit des biens des enfants ; et cet usufruit ils le conservaient non-seulement après la majorité mais même après le décès des enfants.

La puissance paternelle a été abolie, à l'égard des majeurs de 21 ans, par la loi du 28 août 1792, et son abolition a entraîné l'extinction du droit d'usufruit des biens des enfants, à compter de leur majorité.

La puissance paternelle était inconnue autrefois dans le plus grand nombre des pays coutumiers de la France, où elle y était tellement affaiblie qu'on la considérait comme n'existant pas. Dumoulin enseigne cette vérité sur la Coutume de Paris, § 25, n° 13, et Loisel en a fait une des règles du droit français. *Droit de puissance paternelle n'a lieu*, dit cet auteur. (Liv., 1er, titre 1er, art. 37.)

1059. Nos nouveaux législateurs ne pouvaient, comme le droit coutumier, laisser dans l'oubli la puissance paternelle.

La civilisation moderne repoussait, d'ailleurs, le despotisme des Romains dans cette importante matière.

Ils n'ont donc pu s'appuyer sur le droit ancien dans la création de la loi nouvelle.

Les motifs exposés par M. Réal nous font connaître quel a été leur guide :

« Ne pouvant sur cette importante question trouver aucun » secours dans la loi romaine, ne trouvant dans les Cou- » tumes que des vues imparfaites, marchant entre l'exagé- » ration et la faiblesse, le législateur a dû consulter la na- » ture et la raison (1). »

Ainsi, c'est dans les lois de la nature et dans les méditations de la raison qu'ont été puisées les règles du titre 9 du livre 1er du Code, sur la puissance paternelle.

1060. Mais, comme l'a fait observer le même orateur, ce titre « ne contient qu'une partie des dispositions qui constituent la plénitude de cette puissance. Tout ce qui est relatif au consentement des père et mère, exigé pour le mariage de leurs enfants, est porté au titre de cette institution, et ce qui a trait à la liberté de disposer se trouve sous le titre *des Testaments*.

Nous avons déjà examiné quels étaient les consentements nécessaires pour le mariage.

Au titre des testaments ou plutôt des donations entre-vifs et testamentaires, la loi se borne à fixer la quotité disponible d'après le nombre des enfants.

1061. L'exhérédation n'est, d'ailleurs, autorisée par aucune des dispositions du Code civil. Seulement par l'art. 727 la loi détermine trois cas d'indignité de succéder. Mais ces cas sont communs à tous les ordres d'héritiers, et ils n'ont aucune analogie avec le droit d'exhéréder qui était autrefois attaché à la puissance paternelle.

ARTICLE II.

Des personnes investies de la puissance paternelle et de sa durée.

SOMMAIRE.

1062. *Le respect dû aux père et mère est le principe de la puissance paternelle.*

(1) V. Locré, *loco citato*, nº 6.

1063. *Il a dicté l'article 19 de la loi sur la contrainte par corps.*
1064. *Elle dure jusqu'à la majorité ou l'émancipation.*
1065. *Différences entre cette puissance parmi nous, et celle admise chez les Romains.*
1066. *Le changement d'état la détruit, ainsi que la majorité des enfants.*
1067. *L'interdiction légale ou civile en suspend l'exercice.*
1068. *Des diverses sortes d'émancipations.*
1069. *Controverse au Conseil d'État sur l'émancipation par acte.*
1070. *La puissance paternelle appartient aussi à la mère, mais seulement après la mort du père. — Nouveau droit.*
1071. *Elle lui appartient aussi quand le père ne peut l'exercer.*

1062. Il ne faut pas confondre la puissance paternelle avec le respect dû aux auteurs de nos jours.

Ce respect n'a aucune limite dans sa durée ; mais la puissance paternelle en a reçu de la loi.

« L'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses père » et mère (1). » Art. 371.

Cet article est plutôt un précepte de morale qu'une règle de législation.

Mais il contient le principe dont les autres articles ne font que développer et fixer les conséquences. D'ailleurs en beaucoup d'occasions il peut devenir un point d'appui pour les juges.

Cette observation de M. Bigot Préameneu a fait adopter l'article.

Le précepte peut même se convertir en règle de droit dans certaines circonstances.

Ainsi, comme le fait observer Proudhon, un fils est à tout âge non recevable à exercer contre ses père et mère une action qui tendrait à les déshonorer, parce qu'il ne saurait avoir un droit contraire au devoir d'honneur et de respect

(1) L'Ecclésiaste a dit :

Honora patrem tuum et gemitus matris tuæ ne obliviscaris; memento quoniam nisi per illos, natus non fuisset. VII—29.

que la loi lui impose. (Proudhon, Traité des personnes, chap. 5, n° 10.)

1063. Ce devoir a dicté la disposition de l'article 19 de la loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps, article qui défend aux juges de prononcer la contrainte par corps contre le débiteur au profit de sa femme, de son mari, de ses ascendants, de ses descendants, de ses frères et sœurs ou de ses alliés au même degré. L'article annule même les effets des jugements antérieurs qui prononçaient cette contrainte contre de tels débiteurs.

1064. L'article 372 du Code civil fixe la durée de la puissance des pères et mères.

rt. 372. « Il (l'enfant), reste sous leur autorité jusqu'à sa majo-
» rité ou son émancipation. »

Sous les lois romaines la puissance paternelle ne cessait qu'à la mort du père.

Ces lois n'accordaient à la mère aucune puissance. La loi nouvelle l'y fait participer.

La puissance paternelle n'est pas effacée par la fureur ou la démence du père. L'exercice en est seulement suspendu pour celui-ci. Alors la mère l'exerce.

1065. Chez les Romains, les hautes dignités affranchissaient de la puissance paternelle ; parmi nous elles ne produisent pas cet effet ; car il n'y a pas de loi nouvelle qui le leur attribue. Il en faudrait cependant une expresse pour priver un père de sa puissance légale sur ses enfants.

La puissance paternelle chez les Romains passait aux aïeux après la mort du père, et la mère en était exclue.

La nouvelle loi, au contraire, ne l'accorde qu'au père et à la mère; au décès de ceux-ci l'enfant n'est soumis à cette puissance de la part de personne. La tutelle légitime des ascendants n'en est pas une émanation et n'en confère aucun des avantages.

1066. La puissance paternelle cesse par le changement qui survient dans l'état du père ou de la mère ou dans celui de l'enfant.

L'article 372 ne s'occupe pas de la première cause ; mais elle est écrite dans l'article 25 sur la mort civile, puisque cette mort, fiction légale de la mort naturelle, en produit tous les effets civils, et qu'elle prive celui qu'elle frappe de tous les droits que son état lui assurait.

La Cour de cassation demandait que l'individu condamné à une peine afflictive ou infamante perdît la puissance paternelle ; mais cette proposition contrariait le principe qui conserve aux condamnés tous leurs droits civils lorsque la condamnation n'est pas de nature à emporter la mort civile (C. civil, art. 24 (1).

Cependant, suivant la sage observation de M. Locré, comme il répugne de voir l'éducation et les mœurs des enfants encore jeunes confiées à un père dégradé par le crime, la jurisprudence y peut apporter remède.

Cette doctrine est adoptée par M. Dalloz aîné ; elle est exacte. Elle doit être appliquée de manière à concilier les droits du père et les intérêts de l'enfant. Car la puissance paternelle n'est pas parmi nous, comme elle l'était chez les Romains, établie pour le seul avantage du père ; elle ne l'est pas aussi pour l'utilité exclusive de l'enfant. Elle n'est pas aussi indivisible et peut souffrir les démembrements que les circonstances peuvent demander (2).

1067. Au reste, l'exercice de la puissance paternelle est suspendue pendant la durée de certaines peines puisque le condamné est en état d'interdiction légale.

L'interdiction pour démence ou fureur en suspend aussi l'exercice.

La majorité de l'enfant, autre cause de l'extinction de la puissance paternelle, a été fixée à 21 ans accomplis par l'article 488 du Code civil, comme elle l'avait été précé-

(1) Locré, Esprit du Code, sur le titre de la *Puissance paternelle*, section 2.

(2) Dalloz aîné, Jurisprudence générale, t. 1. p. 489, n° 5.

demment par la loi du 20 septembre 1792. (Voir aussi la loi du 28 août 1792.)

La majorité est l'âge où l'on est présumé par la loi avoir acquis la maturité suffisante pour bien gouverner ses affaires (1). La puissance paternelle, qui est une autorité de protection, de défense, d'administration domestique ou de direction, instituée pour l'intérêt de l'enfant, doit cesser avec ses besoins.

1068. Cependant il est quelques enfants où la maturité d'esprit a devancé la majorité. L'émancipation peut avoir lieu dans ce cas, et la loi l'autorise.

L'émancipation avait lieu chez les Romains de plusieurs manières :

Par le mariage;

Par les grandes dignités auxquelles le fils était appelé. (V. § 4, *inst. quib. mod jus patr. potest. solvi.*)

Par une déclaration faite devant le juge du domicile du père. *Inst.* § 6 *eod.* Mais il fallait au moins avoir atteint l'âge de la pleine puberté, 12 ans pour les filles, 14 ans pour les enfants mâles.

Il y avait une quatrième espèce d'émancipation dont nous ne nous occupons pas ici. Elle avait lieu par bénéfice d'âge sur avis de parents homologué par le juge du mineur.

Pour l'obtenir, suivant la loi 2, C. *de his qui ven. æt.* Les mâles devaient avoir 20 ans et les filles 18. Mais dans l'usage cela dépendait de l'avis des parents. (2).

Sous le Code civil il y a aussi plusieurs sortes d'émancipations.

Celle qui est opérée de plein droit par le mariage. (Code civil, art. 476.)

Celle que fait le père ou à son défaut la mère, lorsque le mineur a atteint l'âge de 15 ans révolus. Elle résulte d'une

(1) A 21 ans on peut être électeur communal. L. du 21 mars 1831, art. 11.

(2) Rousseau-Lacombe, *verbo* Emancipation, n° 2.

simple déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier. (Cod., art. 477.)

Celle enfin qui résulte, en faveur de l'enfant qui n'a ni père ni mère, d'une délibération du conseil de famille et de la déclaration que le juge de paix comme président de ce conseil aura faite dans le même acte. (C. c., art. 478.)

1069. L'émancipation par acte fut l'objet d'une vive controverse lors de la rédaction du Code civil.

La Commission et la section du Tribunat n'admettaient que l'émancipation par mariage.

Elles considéraient que, si en pays de droit écrit on admettait l'émancipation par acte, c'est qu'elle était tout à la fois absolue et perpétuelle sur la personne et sur les biens;

Que sous la loi nouvelle elle serait inutile et dangereuse;

Inutile parce que les pères pouvaient laisser aux enfants la jouissance des biens sans les émanciper;

Dangereuse en ce qu'elle accorderait trop de latitude aux enfants mineurs en leur donnant la jouissance des biens maternels.

Mais au Conseil d'Etat on considéra que l'émancipation avait toujours paru favorable à l'intérêt du mineur et à la tranquillité des familles; qu'elle aurait des effets importants en faisant cesser l'application de tous les articles du titre qui était discuté; que l'enfant pourrait quitter la maison paternelle et ne pas être exposé à être mis par son père dans une maison de détention, et qu'il ne serait plus privé de la jouissance de ses biens.

La crainte que la mère survivante n'abusât de sa puissance était aussi un grave motif de laisser au père la faculté d'en affranchir l'enfant.

Ces observations firent admettre l'émancipation par acte (1).

La Commission avait aussi proposé pour le cas de la tu-

(1) Locré, Esprit du Code civil, *eod.*

telle une émancipation légale à l'âge de 18 ans ; mais elle fut entièrement rejetée.

1070. En accordant à la mère comme au père la puissance paternelle qui n'existait pas pour la mère parmi les Romains ni parmi nous autrefois, la loi nouvelle ne devait pas en partager l'exercice pendant le mariage ; c'eût été l'affaiblir ; c'eût été aussi établir une concurrence qui eût pu dégénérer en division.

Chef de la famille, investi de la puissance maritale, le père devait aussi obtenir, par une conséquence naturelle de ses droits, la prééminence de la magistrature domestique.

Aussi l'article 373 règle-t-il l'exercice de cette autorité attribuée aux père et mère par les articles précédents.

Art. 372. « Le père seul exerce cette autorité pendant le mariage (1). »

(1) Les règles sur la puissance paternelle sont établies par les Codes étrangers à peu près comme dans le Code Napoléon.

Le Code Sicilien, art. 287 et 289, a les dispositions des articles 371 et 373 de notre Code, en y ajoutant que cette puissance s'étend sur les enfants adoptifs.

L'article 288 dit que l'enfant est soumis à l'autorité des père et mère jusqu'à 25 ans ou jusqu'à son mariage, ou jusqu'à ce qu'il ait une maison ou un ménage à part.

Le Code de la Louisiane, articles 233 à 235, est conforme aux articles 371 à 373 du Code français.

L'article 216 du Code sarde est conforme à l'article 371 ; et l'art. 211 de ce premier Code dit que l'enfant est sous la puissance de son père jusqu'à l'emancipation ou sous celle de son aïeul si le père y est lui-même placé.

Les articles 199, 200 et 201 du Code Vaudois sont la copie des art. 371 à 373 de notre Code.

L'article 353 du Code Hollandais est celle de l'article 371, et y ajoute l'obligation des père et mère de nourrir et entretenir leurs enfants mineurs.

L'article 354 dit que l'enfant reste sous leur autorité jusqu'à leur majorité.

Le Code Bavarois, art. 1er, du chap. 5, dit que la puissance paternelle s'exerce par le père, et s'étend sur les descendants du fils si celui-ci n'est émancipé.

Les articles 172, 173 et 174 du Code Autrichien, ne font cesser la puissance paternelle qu'à la majorité ou par la volonté du père, autorisé

Ce n'est donc qu'après la dissolution du mariage que la mère prenant sa place exerce à son tour la puissance conférée par la loi.

1071. Mais si le mari est dans un état d'interdiction légale en vertu de l'article 29 du Code pénal, s'il est privé de toute tutelle et de toute participation du Conseil de famille par l'effet d'une condamnation suivant l'article 335 du même Code, s'il est absent, si même il n'est interdit que judiciairement, dans ces divers cas que devra-t-on décider?

On devra dire que l'exercice de la puissance paternelle appartiendra à la femme pendant toute la durée de la cause qui ne permettra pas au mari d'en jouir.

L'article 141 du Code civil a prévu la difficulté pour le cas d'absence : « Si le père a disparu laissant des enfants » mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la » surveillance, et *elle exercera tous les droits du mari* quant » à leur éducation et à l'administration de leurs biens. » Art. 141.

Que le mari soit absent par disparition ou qu'il le soit par condamnation criminelle ou civile, ne suffit-il pas qu'il soit légalement incapable de surveiller l'éducation des enfants et de gérer leur biens, pour autoriser l'exercice au moins temporaire de la puissance maternelle? Il n'y a pas, il est vrai, dissolution du mariage; mais la paralysie ou la suspension de la puissance du père doit mettre en mouvement celle de la mère. L'intérêt même des enfants le commande. L'esprit de la loi le veut ainsi, et ce qu'elle a dit dans un cas, celui de l'absence, doit évidemment s'appliquer aux autres cas semblables. *Ubi eadem ratio ibi idem jus.* Telle est la doctrine de Dalloz aîné, dans sa Jurisprudence générale. Elle est recommandée par le bon sens. Nous l'adoptons sans hésiter.

par le tribunal, ou par la faculté qu'il donne au fils de tenir un ménage à part.

L'article 61, du titre 2, partie 1re du Code Prussien, dit que les enfants doivent respect et obéissance à leurs père et mère, mais qu'ils sont surtout sous la puissance du père.

ARTICLE III.

Des effets de la puissance paternelle.

SOMMAIRE.

1072. *Quatre effets principaux de la puissance.*

1072 La puissance paternelle a quatre effets principaux:

Elle interdit à l'enfant de quitter la maison paternelle sans la permission de son père.

Elle donne à celui-ci et après lui à la mère un droit de correction contre l'enfant.

Elle le met dans leur dépendance pour son éducation et le choix d'un état.

Elle leur attribue successivement la jouissance des biens de cet enfant.

Premier effet de la puissance paternelle. — Interdiction à l'enfant de quitter le domicile paternel.

SOMMAIRE.

1073. *Obligations de l'enfant de résider dans la maison paternelle.*
1074. *Moyen de garantir les enfants des abus de la puissance paternelle et peines contre les pères et mères.*
1075. *La justice seule peut affaiblir les droits de la puissance paternelle quand il y a abus.*
1076. *Règles exceptionnelles sur l'enrôlement volontaire.*

1073. Le premier effet de la puissance paternelle est écrit dans l'art. 374 du Code :

Art. 374. « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la » permission de son père, si ce n'est pour enrôlement vo- » lontaire après l'âge de dix-huit ans accomplis (1). »

(1) Règle conforme dans l'article 290 du Code Sicilien, quant à l'obligation de rester dans la maison paternelle jusqu'à la majorité ou émancipation ; de l'article 236 du Code de la Louisiane jusqu'à la puberté ; de l'article 212 du Code Sarde jusqu'à la majorité ; de l'article 256 du Code

La défense faite à l'enfant de quitter la maison paternelle sans la permission de son père dérive du droit de gouvernement et de direction que la loi attribue à celui-ci et qu'il ne pourrait pas exercer s'il était libre à l'enfant de s'y soustraire en quittant la maison paternelle. (Locré, Esprit du Code sur cet article.)

Ce droit de gouvernement est lui-même la conséquence du devoir, imposé aux pères par la nature même, de prendre soin de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils puissent se diriger eux-mêmes. Il s'étend non-seulement aux besoins physiques mais encore aux besoins moraux. Comment pourrait-il être rempli si l'enfant n'était pas toujours sous la surveillance du père, ou dans sa propre maison ou dans une autre maison où il l'aurait lui-même placé ?

Si l'enfant s'en éloigne sans le consentement de son père, celui-ci peut le contraindre à y rentrer, et les tribunaux, dans ce cas, doivent l'appuyer de leur pouvoir.

1074. Ce droit, attaché à la puissance paternelle, devrait cependant être refusé au père qui en abuserait par de mauvais traitements, ou en exposant les mœurs de l'enfant.

Les lois romaines venaient alors au secours des enfants, et leurs règles sont trop sages pour ne pas être adoptées comme raison écrite par le droit français, quoiqu'aucune de nos lois civiles ne le dise textuellement.

La loi finale, ff. *si quis à parent. manum.*, permettait au juge d'autoriser l'enfant à demeurer ailleurs que chez son père, même à contraindre ce dernier à l'émanciper lorsqu'il était victime de mauvais traitements et d'excès qui donnaient à craindre pour lui.

La loi 6, *eod. de spectac. et scenicis et lenonibus* privait

hollandais jusqu'à la majorité ou l'émancipation ; de l'article 145 du Code Autrichien.

L'article 67, titre 2, du Code Prussien, 1re partie, porte que le père a le droit d'exiger que l'enfant soit allaité par la mère, et que celle-ci a le droit de l'élever jusqu'à l'âge de 4 ans.

aussi de la puissance paternelle les pères qui cherchaient à livrer leurs filles a la corruption.

Notre législation pénale, en punissant le crime d'attentat aux mœurs a prévu le cas honteux où la corruption aurait été excitée, favorisée ou facilitée par les pères ou mères des enfants, et elle a autorisé à punir les coupables non-seulement de peines d'emprisonnement, mais encore par la privation des droits et des avantages qu'attribue la puissance paternelle. (V. les art. 333 et suivants du Code pénal.)

Nos lois pénales n'ont pas de dispositions spéciales sur les actes de violence exercés par les pères et mères et les autres ascendants sur leurs enfants ou descendants.

Mais si le caractère de ces personnes ne les rend pas passibles d'une aggravation de peine, elles le sont, au moins, de celles prononcées contre tout individu qui se livre à l'égard d'un autre à de coupables excès.

Au reste, ce n'est pas dans les lois pénales seulement, c'est aussi dans le droit civil et en invoquant l'autorité des tribunaux que les enfants exposés à des mauvais traitements ou à la corruption peuvent obtenir protection et asile. La mère, les autres parents, les voisins même peuvent réclamer pour eux en dénonçant les faits au procureur du roi; et celui-ci, dans son ministère de surveillance, de conservation et d'ordre, chargé même spécialement par la loi de protéger les mineurs, provoquera auprès des tribunaux les mesures qui seront nécessaires pour garantir les enfants des dangers dont ils seraient menacés.

1075. Cependant, sous prétexte de mauvais traitements, l'enfant mineur ne peut sortir et rester éloigné de la maison paternelle sans l'autorisation de la justice. Un arrêt de la Cour de Caen, du 31 décembre 1811, a décidé qu'une jeune personne, mineure et non émancipée, qui avait déserté la maison paternelle, ne pouvait être admise à faire preuve des mauvais traitements dont elle se plaignait, avant d'être ren-

trée dans cette maison. Elle demandait à habiter une maison religieuse (1).

On conçoit qu'en cette matière grave, les décisions, même seulement provisoires, dépendent beaucoup des circonstances.

L'art. 374 peut aussi, suivant les circonstances, souffrir une exception lorsqu'il y a entre le père et la mère séparation de corps. Nous examinerons l'exception en nous occupant de la séparation de corps.

1076. Une autre exception plus positive est écrite dans l'article même, lorsque l'enfant, *après l'âge de dix-huit ans révolus*, contracte un enrôlement volontaire.

De l'âge indiqué pour l'enrôlement volontaire résultait une prohibition tacite à l'enfant de s'enrôler avant cet âge.

La loi du 10 mars 1818 sur le recrutement avait ajouté à la règle une prohibition expresse en déclarant que le mineur qui n'avait pas atteint sa dix-huitième année ne pourrait souscrire d'enrôlement volontaire.

La loi du 21 mars 1832, sur le recrutement, a renouvelé la prohibition de tout engagement volontaire dans l'armée de terre avant l'âge de dix-huit ans accomplis, et dans celle de mer avant celui de seize ans aussi accomplis. (Art. 32 de cette loi.)

M. Vazeilles critique ce point de législation ; il voudrait que jusqu'à l'âge de 20 ans révolus, qui est celui fixé pour le recrutement obligé, les enfants ne pussent s'enrôler sans le consentement de leurs père ou mère.

Il fait observer que les années qui précèdent sont celles qui doivent avoir le plus d'influence sur l'état de l'enfant dans le monde.

Il considère cette dérogation à la puissance paternelle comme l'œuvre funeste du guerrier qui dirigea long-temps les destinées de la France; il appelle l'abrogation de cette li-

(1) S. t. 12. 2. 280.

cence, et l'espère, dit-il, d'un gouvernement réparateur qui a repris ses droits.

Cette prévision, publiée en 1825, avait déjà été démentie par la loi du 10 mars 1818, et la dernière loi, œuvre d'un nouveau gouvernement, ne l'a pas mieux accueillie. Le droit ancien ne lui était pas plus favorable. Car quoiqu'il n'y eût pas autrefois de lois positives sur les enrôlements volontaires, la jurisprudence autorisait les enfants de famille à s'engager pour le service du roi, contre le consentement de leur père ; l'intérêt public, dit Pothier, l'emporte sur l'intérêt particulier de la puissance paternelle (1).

Au Conseil d'Etat, lors de la discussion du Code, l'intérêt public domina l'examen de la question ; et si l'on permit les enrôlements c'est parce qu'on voulait que la conscription devînt, le moins qu'il serait possible, le moyen de recruter l'armée.

Il ne paraît pas, d'ailleurs, que le premier Consul se soit personnellement occupé de la question. C'est sur la proposition de MM. Dumas et Treilhard que l'âge de 18 ans fut fixé (2).

L'enrôlement qui aurait lieu avant cet âge serait nul. Le père pourrait réclamer l'enfant ; et il lui serait rendu sur la présentation de l'acte de naissance.

C'est à l'autorité administrative qui a accepté l'engagement à prononcer sur les réclamations du père. (Arrêt de la Cour de Toulouse du 6 thermidor an 12. (Sirey, t. 5. 2. 6.)

Second effet de la puissance paternelle. *Droit de correction.*

SOMMAIRE.

1077. *Du droit de correction chez les Romains.*

(1) Pothier, *Traité des personnes et des choses*, 1re partie, tit. 6, section 2.

(2) Locré, Esprit du Code civil, sur l'art. 374, 2e édition.

1078. *De l'ancien droit français sur cette matière.*
1079. *Le droit intermédiaire confiait le droit de correction à un tribunal de famille.*
1080. *Le système du Code concilie l'autorité du père avec l'intérêt de l'enfant.*
1081. *Principe général sur le droit de correction, art.* 375 *Code civ.*
1082. *Cas où la détention peut avoir lieu par voie d'autorité, l'enfant n'ayant pas commencé sa* 16e *année.*
1083. *Le juge n'a pas à en examiner les motifs.*
1084. *Il désigne le lieu de la détention.*
1085. *Ce lieu ne doit pas être la prison des prévenus ou condamnés pour délits.*
1086. *Durée limitée de la détention.*
1087. *Cas où la détention ne peut avoir lieu que par voie de réquisition même de la part du père.*
1088. *La mère ne peut faire détenir que par voie de réquisition.*
1089. *Les enfants naturels sont soumis à ces règles, et même la mère naturelle peut faire détenir par voie d'autorité.*
1090. *Quels parents devra consulter la mère légitime pour la correction de l'enfant?*
1091. Quid *s'il n'y a pas de parents connus?*
1092. *Les ascendants n'ont pas en cette qualité le droit de correction.*
1093. *Les tuteurs l'ont avec l'avis du conseil de famille.*
1094. *Sagesse des motifs des restrictions du droit de détention.*
1095. *Précautions prises pour ne pas flétrir l'avenir de l'enfant.*
1096. *Quel est l'agent qui doit exercer la détention, et formalités?*
1097. *Engagement par le père de fournir des aliments.*
1098. Quid *s'ils ne sont pas fournis?*
1099. *Comment cesse la détention?—Par la majorité et par la révocation.*
1100. *La mère et le tuteur peuvent-ils abréger la détention?*
1101. *La détention peut-elle être révoquée ou modifiée sur la demande de l'enfant, et par quelle voie?*
1102. *Peut-elle l'être dans tous les cas où elle a été opérée par voie de réquisition?*
1103. *Peut-elle l'être aussi lorsqu'elle a eu lieu par voie d'autorité?*

1077. Ce droit de correction est emprunté des lois romaines et notamment des lois 4 et 10 au Code *de patriâ potestate*.

Dans l'ancien droit romain et même pendant toute la du-

rée de la république, le droit qu'avaient les pères d'infliger des peines aux enfants était poussé jusqu'à la cruauté. Alexandre Sévère, en restreignant le droit de vie ou de mort sur les enfants, ordonna que, si les corrections ordinaires ne suffisaient pas pour les réprimer, le père s'adressât au magistrat qui serait tenu de prononcer contre l'enfant la condamnation que le père aurait réclamée.

1078. En France, avant la révolution, on obtenait communément un ordre de l'autorité supérieure qui ne l'accordait que sur le rapport du magistrat de police. Ce magistrat s'assurait auparavant par une enquête sommaire de la réalité des faits reprochés à l'enfant et de leur gravité.

Plus anciennement, un arrêt du Conseil du 20 avril 1684, approuvé par lettres patentes du 29 de ce mois et contenant un règlement pour l'hôpital-général de Paris, autorisait les administrateurs à recevoir et à détenir les enfants de famille contre lesquels les pères, mères et tuteurs porteraient des plaintes graves; mais les directeurs de l'établissement devaient auparavant s'informer de la vérité des plaintes et entendre à cet effet les parents les plus proches des enfants ou d'autres personnes dignes de foi (1).

Si le père était remarié, il ne pouvait constituer son fils prisonnier dans une maison de correction sans une ordonnance du lieutenant civil qui pouvait prendre l'avis des parents les plus proches tant paternels que maternels (2).

On a toujours senti en France la nécessité de ne pas admettre les pères, sans vérification, à exercer ce droit redoutable de correction.

1079. La loi du 24 août 1790 en avait privé les pères pour le confier au tribunal domestique de la famille assemblée au nombre de huit parents les plus proches ou de six au moins. Le père, la mère, l'aïeul ou le tuteur qui avaient

(1) Observations de la Cour de Paris, et Locré sur les l'art. 375 et suivants, Esprit du Code.

(2) Rousseau-Lacombe, au mot *Correction*.

des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un enfant incorrigible pouvaient porter plainte devant ce tribunal de famille qui, après avoir vérifié les sujets de plainte, pouvait arrêter que l'enfant âgé de moins de 21 ans serait renfermé pendant un certain temps, sans cependant que la durée de la détention pût dépasser une année quelle que fût la gravité de la faute.

L'arrêté du tribunal de famille ne pouvait recevoir son exécution qu'après avoir été présenté au président du tribunal de district, et ce magistrat pouvait en ordonner ou en refuser l'exécution ou même en tempérer les dispositions, après avoir entendu le procureur du roi qui était chargé de vérifier, sans forme de procédure, les motifs qui avaient déterminé l'arrêté du tribunal de famille (1).

Le président pouvait adoucir mais non aggraver la peine.

1080. Les législateurs du Code civil ont établi un nouveau système qui s'éloigne et du droit ancien et des règles contenues dans la loi du 24 août 1790.

Le droit ancien ne leur a pas paru avoir assez accordé à la puissance paternelle à l'égard des enfants âgés de moins de seize ans commencés.

La loi de 1790 avait énervé cette puissance en privant le père du droit de correction pour l'attribuer à un tribunal de famille. C'était élever un procès entre le père et l'enfant.

L'expérience avait même détruit la confiance que les tribunaux de famille avaient inspirée à l'origine de leur création. Elle avait appris que trop souvent les haines et les intérêts en divisaient les membres, et que trop souvent aussi chacun d'eux était peu touché de l'intérêt du mineur sur le sort duquel il était appelé à prononcer.

Pour concilier l'autorité du père avec l'intérêt de l'enfant, on s'est déterminé par des considérations prises de l'âge de l'enfant, de sa situation et de la présomption d'im-

(1) V. loi du 24 août 1790, titre 10, art. 15, 16 et 17.

partialité et de désintéressement que pourrait offrir la position du père, et l'on a admis, selon les différents cas, ou la détention par voie d'autorité ou la détention par voie de réquisition.

Les législateurs se sont ensuite occupés :

Des formes dans lesquelles la détention serait ordonnée ;

De sa durée ;

Du lieu où elle serait exécutée ;

De la subsistance du détenu ;

Des diverses manières dont la détention pourrait cesser.

Tous ces points, un seul excepté, le lieu de la détention, ont été réglés par les art. 375 et suivants du Code civil. Si le lieu de la détention n'a pas été déterminé, c'est parce qu'il a paru convenable d'en abandonner le choix à la sagesse du juge jusqu'à ce que des maisons de correction fussent organisées en France (1).

1081. L'art. 375 du Code civil pose le principe général sur le droit de correction.

Les articles suivants en règlent l'application :

rt. 375. « Le père qui aura des sujets de mécontentement très-
» graves sur la conduite d'un enfant aura les moyens de
» corrections suivants : »

1082. L'article 376 détermine le seul cas où la détention de l'enfant peut avoir lieu par voie d'autorité, encore ce cas souffre-t-il plusieurs exceptions.

rt. 376. « Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés,
» le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne
» pourra excéder un mois ; et, à cet effet, le président du
» tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, déli-
» vrer l'ordre d'arrestation (2) ? »

(1) V. l'Esprit du Code civil par Locré, sur le titre de la *Puissance paternelle*.

(2) Le droit de correction est aussi attribué au père et à la mère par l'article 86 du Code prussien ; mais l'autorisation du ministre de la justice ou du roi est nécessaire pour enfermer l'enfant dans une maison de correction.

Remarquons que dans le cas prévu, l'autorité du père est absolue ; c'est cette autorité seule qui prescrit la détention. Le président se borne à délivrer l'ordre d'arrestation ; mais il ne peut le refuser sur la demande du père.

1083. D'ailleurs il n'a pas le droit d'examiner les motifs de cet acte de rigueur. Bien plus, le père n'est pas obligé de les indiquer; sa volonté fait loi contre l'enfant âgé de moins de 16 ans commencés.

Si l'intervention du magistrat est nécessaire, c'est seulement pour imprimer à la volonté du père le sceau de la volonté publique et pour mettre en mouvement les agents de la force publique qui ne doivent pas obéir aux réquisitions d'un simple particulier.

Cependant le magistrat peut et doit même vérifier l'âge de l'enfant pour s'assurer que la mesure, dans sa forme, lui est applicable.

1084. C'est aussi au magistrat à fixer le lieu de la détention et à prévenir ainsi les inconvénients qu'il pourrait y avoir à laisser détenir l'enfant dans la maison paternelle ou dans une maison particulière où il serait abandonné à la discrétion d'un père irrité qui peut-être le traiterait avec trop de rigueur (1).

Il leur est aussi attribué par l'article 145 du Code autrichien, sauf recours aux tribunaux en cas d'abus.

D'après le Code de Vaud, art. 202, les père, mère ou aïeul qui ont des sujets de mécontement très-graves contre un enfant qu'ils ne peuvent pas réprimer, peuvent porter plainte au tribunal de première instance, et demander qu'il soit détenu dans une maison de correction pendant un temps qui ne peut dépasser deux ans ni se prolonger au delà de la majorité, c'est-à-dire de 21 ans accomplis. (V. l'article 286.)

Le Code sarde a adopté sur le droit de correction les articles 373 et suivants du Code Napoléon jusqu'à l'article 384. (Voir les articles 214 à 223.)

Les dispositions du Code civil sur le droit de correction ont été aussi adoptées par le droit sicilien, art. 302 à 310 inclusivement.

(1) Observations de la Cour de Paris; Locré, Esprit du Code civil.

Il est utile de ne mettre l'enfant que dans des maisons qui soient sous la surveillance de l'autorité publique.

Le juge peut le faire détenir dans un lieu particulier de la maison de correction où il ne trouverait que d'autres enfants frappés comme lui et pour des causes semblables d'une détention temporaire.

Un pensionnat public pourrait aussi être désigné par le président, et là l'enfant serait traité comme dans une maison de correction.

Un décret du 30 septembre 1807 autorise les dames charitables dites *du Refuge-Saint-Michel* à recevoir dans leur maison les jeunes personnes qui y sont envoyées par les pères et les conseils de famille dans les cas prévus par le Code civil. (Le voir dans le J. de Sirey, t. 13. 2. 303.)

1085. Mais le juge doit éviter de placer l'enfant dans des maisons d'arrêt et de justice dans lesquelles, confondu avec des individus accusés ou coupables de crimes et de délits, il serait exposé à être atteint de la corruption avec laquelle il se trouverait journellement en contact. Telle a été la pensée du législateur lorsqu'il a gardé le silence sur le lieu de la détention (1).

1086. Le danger du droit exorbitant attribué au père sur la personne de l'enfant âgé de moins de 16 ans est diminué par le peu de durée de la peine qui ne peut se prolonger au delà d'un mois.

1087. Lorsque l'enfant est âgé de seize ans commencés, ou lorsqu'ayant moins de seize ans il a des biens personnels ou qu'il exerce un état, dans ces différents cas la détention par voie d'autorité n'est pas admissible ; elle ne peut avoir lieu que par voie de réquisition du père, et de l'autorité du juge.

C'est ce que déclarent les articles 377, 380, 382 du Code.

Art. 377. « Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majo-

(1) Locré, *ibid.*

» rité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir
» la détention de son enfant pendant six mois au plus. Il
» s'adressera au président du tribunal, qui, après en avoir
» conféré avec le procureur du roi, délivrera l'ordre d'ar-
» restation ou le refusera et pourra dans le premier cas
» abréger le temps de la détention requis par le père. »

« Si le père est remarié, il sera tenu pour faire détenir Art. 380.
» son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de
» moins de seize ans, de se conformer à l'article 377. »

« Lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou lorsqu'il Art. 382.
» exercera un état, sa détention ne pourra, même au-des-
» sous de 16 ans, avoir lieu que par voie de réquisition,
» en la forme prescrite par l'article 377. »

1088. Le droit de correction attribué à la mère légitime ne peut avoir lieu que par voie de réquisition, quels que soient l'âge et la position de l'enfant; encore faut-il que la mère agisse avec le concours des deux plus proches parents paternels.

C'est ce que déclare l'article 381 du Code.

« La mère survivante et non remariée ne pourra faire Art. 381.
» détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus pro-
» ches parents paternels et par voie de réquisition confor-
» mément à l'article 377. »

1089. Les droits des mères naturelles sont plus étendus; elles ont, comme les pères naturels, absolument les mêmes droits que les pères légitimes.

C'est ce que déclare l'article 383.

« Les articles 376, 377, 378 et 379 seront communs aux Art. 383.
» pères et mères des enfants naturels légalement reconnus. »

On remarque que l'article 381 n'est pas du nombre de ceux qui sont ici rappelés; que par conséquent la disposition restrictive qu'il contient relativement aux mères légitimes n'est pas applicable aux mères naturelles.

Ainsi le droit de correction par voie d'autorité ne peut être exercé que par le père légitime non remarié et par les

père et mère naturels, et l'enfant ne peut en être frappé que lorsqu'il est âgé de moins de seize ans commencés, qu'il n'a pas de biens personnels et qu'il n'exerce pas d'état.

Dans les autres cas, ce n'est que par voie de réquisition que les enfants mineurs, légitimes ou naturels, âgés de moins de seize ans comme plus âgés, sont exposés à l'exercice du droit de correction.

Parmi les différences que la loi a mises quant au droit de correction entre la mère légitime et la mère naturelle, celle qui refuse ce droit à la mère légitime pendant le mariage se conçoit facilement. Elle est fondée sur les dispositions de l'article 373 qui investit le père seul de l'exercice de la puissance paternelle durant le mariage, et elle est en harmonie avec les règles sur la puissance maritale.

Mais on ne conçoit guère pourquoi après la dissolution du mariage la mère légitime n'aurait pas des droits aussi étendus que la mère naturelle.

« Le legislateur a dû prévoir, a dit l'orateur du Conseil » d'État dans l'exposé des motifs, que la mère trop faible » ou trop légèrement alarmée pourrait peut-être trop faci- » lement recourir à ces moyens extrêmes (1). »

Mais cette faiblesse d'organisation et de sensibilité qui rend la femme si impressionnable, tient à son sexe et se rencontre chez la mère naturelle comme chez la légitime.

D'un autre côté, pourquoi ne pas priver la mère naturelle qui se marie à un étranger à l'enfant d'un droit de correction que l'on enlève à la mère légitime qui contracte un second mariage? L'influence du mari sur la mère peut dans les deux cas être également dangereuse pour l'enfant.

1090. L'article 381 veut que la mère légitime survivante, et non remariée, ne puisse faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels?

(1) Législation civile par Locré, sur le titre de la *Puissance paternelle*, commentaire 5, n° 12.

Quels seront ces parents? S'il n'y a pas d'ascendants, les parents les plus proches sont des frères. Il serait cependant peu convenable que des frères de l'enfant fussent appelés à concourir à la détention. Cela engendrerait entre eux des haines peut être irréconciliables. Les frères aînés pourraient, d'ailleurs, abuser d'une telle autorité. Il semble que l'intérêt de l'union de la famille, celui de l'enfant, celui même de la morale, exigeraient que ce fussent des oncles plutôt que des frères qui fussent consultés.

Telle est l'opinion des auteurs des Pandectes, sur l'article 381.

L'article indique les parents les plus proches de l'enfant. S'ils ne se trouvent pas sur les lieux et que leur éloignement ne permette pas de demander leur concours, ou s'ils le refusent en motivant leur refus sur l'ignorance des faits qui motiveraient la mesure, dans ces divers cas la mère pourra s'assister des autres parents les plus proches parmi ceux qui sont présents. Car le législateur n'a pu entendre la soumettre à une condition impossible. Il est, d'ailleurs, de règle générale, que lorsqu'il y a des empêchements pour certaines personnes, elles doivent être remplacées par celles qui, si elles n'existaient pas, auraient à remplir les fonctions pour lesquelles elles sont désignées. C'est ce que la loi veut, notamment pour la composition des conseils de famille. (V. l'article 407.) Or, dans le cas de l'article 381, les deux plus proches parents indiqués forment aussi une espèce de conseil de famille en nombre plus restreint.

1091. Il peut arriver que l'enfant n'ait pas de parents connus. La mère dans ce cas n'aura-t-elle pas le droit de correction?

La lettre de l'article le lui refuse, puisqu'elle ne peut seule requérir la détention.

Mais alors elle sera placée dans la positioa d'un tuteur ordinaire qui, avec l'autorisation du conseil de famille, peut provoquer la réclusion momentanée de l'enfant dont la conduite est vicieuse. (C. c., art. 468.)

1092. Dans le droit de correction qu'elle attribue la loi ne parle pas des ascendants des mineurs, et par cela même elle le leur refuse. Car ce droit exorbitant ne peut exister qu'en vertu d'une disposition spéciale. Or, cette disposition n'existe qu'en faveur des père et mère : *Qui dicit de uno negat de altero.*

1093. Au reste, l'ascendant qui est tuteur de l'enfant peut, comme la mère remariée lorsqu'elle a conservé la tutelle, provoquer la correction du mineur qui lui donnerait de graves sujets de mécontentement. L'article 468 du Code civil l'y autorise en exigeant cependant que le conseil de famille soit d'avis de la mesure.

1094. La loi de 1790 et le droit antérieur n'établissaient quant à l'exercice du droit de correction aucune nuance relative à l'âge et à la situation de l'enfant.

Des considérations prises de ces circonstances ont dû produire les distinctions que la loi a faites dans le règlement du pouvoir qu'elle conférait au père.

Car, comme l'a fait sagement observer l'orateur du Conseil d'État, autant il est raisonnable de donner au père le droit de faire enfermer, de sa seule autorité et pour quelques jours, un enfant de douze ans, autant il serait injuste de lui abandonner et de laisser pour ainsi dire à sa discrétion un adolescent d'une éducation soignée, et qui annoncerait des talents précoces. Quelque confiance que méritent les pères, la loi ne doit pas être basée sur la fausse supposition que tous sont également bons et vertueux.

« Le président et le commissaire du tribunal doivent donc être autorisés à peser les motifs d'un père qui veut faire enfermer un jeune homme au-dessus de seize ans; il doit leur être permis de refuser l'ordre d'arrêter, et de fixer la durée de la détention.

» Il faut des précautions plus sévères encore, lorsque l'enfant, dont un père demande l'arrestation, a des biens personnels, ou lorsqu'il exerce déjà un état ; si cet enfant a

pour père un dissipateur, il est hors de doute que le père cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera des refus de l'enfant, et que peut-être il lui fera acheter sa liberté.

» Le concours de l'autorité pour l'arrestation du fils de famille n'est accordé qu'avec de grandes précautions si le père qui se plaint est remarié. La loi ne lui suppose pas alors la même tendresse, ni la même impartialité. »

1095. La même sagesse, qui a dicté des précautions contre l'abus de la puissance paternelle, a veillé à ce que la correction domestique ne pût porter aucune atteinte à l'avenir et à la réputation de l'enfant.

De là les dispositions de l'art. 378 ainsi conçu :

« Il n'y aura dans l'un et dans l'autre cas aucune écri- Art. 378.
» ture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'ar-
» restation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés.

» Le père sera seulement tenu de souscrire une soumis-
» sion de payer tous les frais, et de fournir les aliments con-
» venables. »

Ainsi, que ce soit par voie d'autorité ou par voie de réquisition que l'arrestation ait lieu, il ne doit rester aucune trace des motifs qui l'ont déterminée. Aucune écriture n'exposera ces motifs; l'ordre d'arrestation ne devra pas même les énoncer. Les erreurs des enfants seront étouffées dans le sein des familles et la publicité ne flétrira pas leur avenir (1).

Mais quoique l'ordre d'arrestation n'en énonce pas les motifs, il est au moins nécessaire qu'il exprime qu'il a été délivré sur la demande du père, et même que le président en a conféré avec le procureur du roi dans les cas où c'est par voie de réquisition que l'ordre a été provoqué. Car dans toutes les mesures qu'il prend ou qu'il autorise, l'acte du juge doit faire connaître qu'il s'est conformé aux préceptes de la loi.

(1) Discours des tribuns Vezin et Ablisson; Législation civile de Locré sur l'article 378, commentaire 6, n° 6, et commentaire 7, n° 7.

Sur la durée de la détention le Conseil d'Etat change tout le système du projet (1).

La Commission n'admettait que la détention par voie d'autorité et permettait de la prolonger pendant une année.

La Cour d'Orléans voulait qu'elle fût réduite à six mois pour la promière fois et qu'elle fût étendue à un an en cas de récidive.

Le Conseil d'Etat, en établissant deux manières d'opérer la détention, a craint les abus de l'autorité du père et a restreint à un mois celle qui serait l'effet de sa seule volonté.

La détention par voie de réquisition ne présentait pas les mêmes dangers, puisque le magistrat devait en juger les motifs. Il n'y avait pas d'inconvénient à laisser à sa discrétion le soin d'en affaiblir ou d'en étendre la durée selon la gravité des causes.

Le terme de six mois proposé par la Cour d'Orléans a paru devoir suffire, même dans des cas graves, pour la détention provoquée par le père lui-même.

La récidive serait punie d'une nouvelle détention qui ne pourrait cependant être prolongée au delà de six mois (V. l'art. 379) (2).

Mais cette disposition ne s'applique qu'à la détention provoquée par le père comme correction. Si l'enfant a commis un crime ou un délit, il deviendra justiciable des tribunaux criminels qui, n'eût-il pas même agi avec discernement, pourront ordonner sa détention dans une maison de correction jusqu'à ce qu'il ait accompli sa vingtième année. (V. Code pénal, art. 66 et suivants.)

1096. L'arrestation ne peut être exécutée que par un agent de la force publique. Il serait illégal et dangereux de la confier à un individu sans caractère.

Il est aussi indispensable qu'un procès-verbal d'emprisonnement et d'écrou soit dressé et que l'ordre d'arrestation y soit visé. Cela est nécessaire pour la garantie du gardien

(1) V. le projet, liv. 1er, tit. 8, art. 5.
(2) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 378 du Code.

et pour que celui-ci puisse justifier, s'il en est requis, que la séquestration n'est pas illégale. L'intérêt même de l'enfant commande cette mesure qui est propre à prévenir des abus.

1097. L'art. 378 veut que le père souscrive une soumission de payer tous les frais de l'arrestation et de fournir des aliments convenables.

La loi n'exige pas, d'ailleurs, comme dans le cas d'un emprisonnement pour dettes, que le père consigne la valeur des aliments; elle n'a pas cru devoir prendre cette précaution contre un père, contre une mère, dont les devoirs sont présumés dictés par l'affection et par la nature autant que par la loi même.

Mais elle veut, au moins, qu'une soumission écrite autorise une prompte condamnation et lui serve de base si le père n'était pas exact à remplir son obligation. Il est convenable et il doit être exigé que la soumission, relative aux frais et aux aliments, accompagne la demande. Il serait bon même qu'elle fût visée dans l'ordre d'arrestation.

1098. En prescrivant cette soumission la loi indique assez que le défaut de fourniture des aliments n'autoriserait pas la mise en liberté immédiate de l'enfant détenu comme dans le cas de l'emprisonnement pour dette. Il eût été, en effet, inutile d'exiger du père un titre pour la fourniture des aliments, c'est-à-dire un acte qui autorisât contre lui de promptes poursuites et une prompte condamnation, si le seul défaut d'aliments avait dû suffire pour faire ordonner la mise en liberté de l'enfant.

Au reste la détention de l'enfant et l'emprisonnement pour dettes sont deux cas essentiellement distincts. Celui-ci est dans l'intérêt seul du créancier, qui saisit comme son gage la personne du débiteur parce qu'il veut être payé de sa créance. Celui-là est dans l'intérêt de l'enfant que l'on punit pour le rendre meilleur. Les deux cas n'ayant aucune analogie, les mêmes règles ne peuvent leur convenir.

Si des aliments ne sont pas fournis l'autorité publique doit

y pourvoir temporairement, en attendant que le gardien ait agi contre le père en vertu de la soumission. Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de relâcher l'enfant.

Mais si le refus et la négligence du père se prolongeaient, le juge pourrait, devrait même, sur la demande du fils ou sur celle du gardien, le père ayant été entendu ou appelé, ordonner l'élargissement.

1099. C'est là une des causes de la cessation de la détention.

Elle cesse encore :

Par la survenance de la majorité ;

Par la révocation de l'ordre de détention.

A la majorité de l'enfant la puissance paternelle s'éteint (Code civil, art. 372) ; ses effets doivent disparaître avec elle ; *Cessante causâ, cessat effectus.*

Cependant, détenu par l'ordre du juge l'enfant devenu majeur ne peut de sa propre autorité recouvrer sa liberté? Que doit-il faire ?

Il faut qu'il adresse au juge une requête à laquelle sera annexé son acte de naissance. Ainsi justifiée la demande ne pourra être refusée à moins que le juge, craignant quelque erreur et quelque surprise, ne croit nécessaire de faire appeler le père et de l'entendre.

La détention peut être révoquée par ceux qui l'avaient obtenue.

Elle peut l'être aussi par le magistrat.

La première proposition avait été omise par la Commission (V. le projet).

Elle fut faite par la Cour de cassation. « Elle est, disait cette Cour, conforme à la nature qui désarme la plus juste colère d'un père aussitôt que l'enfant témoigne du repentir. »

La règle était sans inconvénient, puisque la faculté de faire détenir de nouveau l'enfant en cas de récidive, permet de réparer les surprises faites à l'indulgence (1).

(1) Esprit du Code civil, par Locré.

Elle fut consignée dans l'art. 379.

« Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents. » Art. 379.

Si depuis sa sortie l'enfant âgé de moins de seize ans lors de sa première détention avait atteint sa seizième année, sa détention nouvelle ne pourrait plus être obtenue que par voie de réquisition après avoir été d'abord ordonnée par voie d'autorité.

1100. L'art. 379, dans la faculté qu'il accorde d'abréger la durée de la détention de l'enfant, ne parle que du père. Son silence sur la mère a fait penser à M. Proudhon qu'elle n'avait pas le même droit.

M. Mazeyrat pense le contraire; ayant le droit de punir, *à fortiori* doit-on lui accorder le plaisir de pardonner. Le silence de l'art. 379 s'explique par le rang qu'occupe cet article 379 qui précède celui où l'on parle du droit de la mère de requérir la détention de l'enfant.

L'opinion de Mazeyrat est plus équitable ; elle paraît même plus exacte et plus conforme à l'esprit du Code. Seulement il faut que pour le pardon il y ait comme pour la punition le concours des deux parents les plus proches.

M. Mazeyrat pense aussi que le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille peut abréger la détention qu'il a provoquée.

Nous adoptons cet avis ; *in causa favorabili benignè interpretandum est* (1).

Dans tous les cas où la détention est abrégée, il faut employer le ministère du juge. Car ce que l'autorité publique a fait c'est à l'autorité publique à le défaire. Le gardien de l'enfant ne serait pas tenu d'obéir à une volonté individuelle.

(1) Proudhon, t. 2, p. 156 ; Mazeyrat, *Questions de droit*, n° 421.

1101. La révocation par le magistrat est prévue dans le second paragraphe de l'art. 382.

Art. 382. « L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procu-
» reur-général près la Cour royale. Celui-ci se fera rendre
» compte par le procureur du roi près le tribunal de pre-
» mière instance, et fera son rapport au président de la Cour
» royale qui, après avoir donné avis au père et après en avoir
» recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou mo-
» difier l'ordre délivré par le président du tribunal de pre-
» mière instance. »

Le premier paragraphe de l'art. 382 règle le cas de l'enfant qui a des biens personnels ou qui exerce un état. Il veut que dans ce cas la détention de l'enfant, même âgé de moins de seize ans, ne puisse avoir lieu que par voie de réquisition.

1102. Le second paragraphe relatif à la réclamation de l'enfant étant placé dans le même article et à la suite d'une règle spéciale à un cas particulier, on pourrait croire que c'est à ce cas isolé que son application doit être restreinte.

Ce serait une erreur. La disposition du second paragraphe de l'article, par la généralité de ses termes comme par son esprit, doit s'appliquer à tous les cas de détention par réquisition.

La Cour de Bruxelles l'a jugé ainsi par arrêt du 2 pluviôse an 12, cité par Mazeyrat, n° 425, et sa décision est en harmonie avec les motifs qui ont dicté la règle de l'art. 382.

On remarque, en effet, dans la discussion de cette règle, que le Tribunat, qui la considérait comme générale, l'avait d'abord combattue comme inutile et dangereuse ; comme inutile parce que rien n'empêchait l'enfant d'adresser un mémoire au procureur-général près la Cour d'appel sans que la loi s'en expliquât ; comme dangereuse, attendu « que ce recours, pour être utile, devait amener une discussion en connaissance de cause, et que dès lors on retombait dans les inconvénients que les précédents articles avaient voulu prévenir. »

Mais on répondit « que ces craintes disparaissaient puis-
» qu'il était clairement exprimé que tout devait être traité,
» en cas de pourvoi, comme devant le président et le com-
» missaire du roi de première instance c'est-à-dire secrète-
» ment ; que le pourvoi ne suspendait pas l'ordre d'arresta-
» tion ; et que cette disposition de la loi prévenait et para-
» lysait toutes les surprises, toutes les intrigues des locali-
» tés et empêchait qu'elle ne pût jamais être un moyen de
» despotisme entre les mains des pères ou mères contre les
» enfants. » (Discours du tribun Vezin.)

Ces motifs s'appliquent évidemment à tous les cas de détention par voie de réquisition, aux cas généraux dont parlent l'art. 377 et l'art. 381 comme aux cas spéciaux objet du 1er paragraphe de l'art. 382.

Aussi le tribun Albisson, après avoir détaillé les différents cas d'exercice du droit de requérir la détention, en terminant même par celui d'une mère veuve et non remariée, ajoute-t-il immédiatement ces expressions remarquables :

« *Dans tous les cas*, l'enfant détenu peut réclamer, par
» un mémoire adressé au commissaire du gouvernement
» près le tribunal d'appel, la justice du président de ce tri-
» bunal contre l'ordre de son arrestation ; et ce magistrat
» peut le rétracter ou le modifier après en avoir donné avis
» au père et recueilli tous les renseignements propres à
» éclairer sa religion (1). »

1103. Remarquons cependant, comme nous l'avons déjà dit, que le pourvoi de l'enfant n'est possible que lorsque la détention a eu lieu par voie de réquisition. Celle qui a eu lieu par voie d'autorité ne peut être appréciée par la Cour d'appel, puisque la volonté du père en a été la seule base; que la loi conférait au père le droit de l'exiger sans faire connaître les motifs de sa rigueur ; que le juge de première instance n'est en quelque sorte que l'instrument aveugle de cette vo-

(1) V. Législation civile et commerciale de Locré, sur le titre de la Puissance paternelle, commentaire 6 et commentaire 9, même n° 7.

lonté ; que sur la simple demande du père il est tenu de lui délivrer un ordre d'arrestation ; que n'ayant reçu dans ce cas aucun renseignement, n'ayant pas même dû en conférer avec le procureur du roi, ces deux magistrats ne peuvent pas avoir de documents à transmettre aux magistrats de la Cour, et que le président de cette Cour, comme le président de première instance, n'a ni la faculté légale ni la faculté morale de modifier, encore moins de révoquer l'ordre d'arrestation et de détention exigé et obtenu par le père.

Telle est aussi la doctrine professée par M. Locré dans son Esprit du Code civil sur les articles cités ; et telles sont les opinions de Proudhon, des auteurs des Pandectes et de Mazeyrat (1).

Troisième effet de la puissance paternelle. — Dépendance des enfants pour leur éducation et pour l'état qu'ils doivent prendre.

SOMMAIRE.

1104. *Un des effets de la puissance paternelle est la dépendance des enfants pour leur éducation et l'état à prendre.*
1105. *Si les père et mère en abusent les tribunaux peuvent leur enlever cette administration.*
1106. *La mère remariée et privée de la tutelle a-t-elle la garde de ses enfants?*
1107. *Les enfants naturels sont sous la garde de leurs père et mère ou de l'un d'eux suivant l'intérêt de l'enfant.*
1108. *Sous la garde de la mère si elle conteste la paternité.*
1109. *Le père choisit l'état de l'enfant mineur ; les tribunaux ne peuvent changer ce choix.*
1110. Secus *pour le service militaire.*

1104. Nous avons vu que la puissance paternelle avait son origine dans les principes même du droit naturel, et que

(1) Proudhon, tome 2, p. 157 et 158 ; Laporte sur l'article 382 ; Mazeyrat, nos 413-426.

si le droit civil l'a consacrée et l'a organisée, c'était comme moyen de défense et de protection pour l'enfant.

Dans le premier âge sa faiblesse a besoin d'appui;

Dans le second âge son inexpérience l'exposerait à beaucoup de dangers, s'il n'était pas éclairé par un guide affectueux.

Ses père et mère sont les guides les plus sûrs. Ils sont donnés à l'enfant par la nature et par la loi; et les sentiments qui les animent, en général, ne permettent pas que l'on doute de leur vigilante sollicitude.

Cette sollicitude ne doit pas se borner à veiller aux besoins physiques de l'enfant et à le garantir des dangers matériels.

Elle doit aussi s'exercer sur ses besoins moraux et prévenir les vices qui pourraient germer dans son cœur.

De là la nécessité de confier aux père et mère la direction de l'éducation de l'enfant. C'est ce qu'on appelait autrefois, c'est ce qu'on appelle encore aujourd'hui la garde de l'enfant, garde qui pouvait autrefois être réunie à la tutelle ou en être séparée selon les circonstances (1).

Cette charge, émanation de la puissance paternelle, est tout à la fois un droit et un devoir pour les père et mère; car l'éducation, que Cicéron appelle avec tant de vérité *cibus humanitatis*, est aussi nécessaire à l'enfant pour former son cœur et son esprit que les aliments pour développer son organisation matérielle.

Mais pour que les père et mère puissent la diriger il faut qu'il leur soit permis de prendre toutes les mesures que leur dictera leur sagesse.

Cette faculté leur est attribuée par les art. 372 et 374 du Code civil.

Par l'art. 372 qui place l'enfant *sous l'autorité* de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

(1) V. sur la garde admise dans l'ancien droit Rousseau-Lacombe au mot *Garde*.

Par l'art. 374 qui ne lui permet pas de quitter la maison paternelle sans la permission du père.

Cette dernière règle facilite pour les père et mère la surveillance et la direction de l'éducation de l'enfant.

Le premier article les autorise à le placer, même loin du domicile paternel, dans une maison étrangère, dans une pension, par exemple, où il peut recevoir l'instruction qui convient à sa condition sociale et à la profession à laquelle il est destiné.

Pendant le mariage c'est au père à qui appartiennent les soins de l'éducation de l'enfant légitime, parce qu'en lui seul alors réside l'exercice de la puissance paternelle. (Code civil, art. 37).

Après la mort du père, c'est à la mère que la loi confie cette direction.

1105. Ils peuvent, cependant, l'un et l'autre en être privés s'ils n'en remplissent pas les devoirs, s'ils négligent l'instruction et les mœurs de l'enfant, s'ils lui donnent de mauvais exemples, s'ils le corrompent au lieu de le reformer.

Dans tous ces cas, c'est aux tribunaux protecteurs délégués par la loi pour l'intérêt des mineurs et des faibles, à confier à des mains plus soigneuses ou plus pures l'administration de la personne de l'enfant.

Cette administration dont le père s'est rendu indigne, ne passe pas de plein droit à la mère ou à l'aïeul. Il faut que les tribunaux la leur confèrent en s'éclairant de l'avis préalable du conseil de famille.

1106. La mère remariée et privée de la tutelle doit-elle aussi perdre la garde de l'enfant?

La loi n'a aucune disposition précise sur cette question; et pour sa solution deux systèmes opposés se présentent, l'un fondé sur les art. 372 et 373 et sur la puissance que ces articles attribuent aux père et mère sur leurs enfants, l'autre invoquant l'art. 450 qui attribue au tuteur l'administration de la personne et des biens du pupille.

Le second système a été adopté par un arrêt de la Cour de Lyon du 5 avril 1827.

La Cour de Bastia, sans donner la préférence à l'un plus qu'à l'autre, a décidé, le 31 avril 1826, que dans ce conflit c'était le plus grand intérêt de l'enfant qui devait seul être consulté (1).

Cette dernière décision est la plus exacte. Elle est en harmonie avec l'esprit de la loi qui a établi la puissance paternelle comme la tutelle dans l'intérêt principalement du mineur.

1107. L'enfant naturel est aussi sous la puissance de ses père et mère lorsqu'ils l'ont reconnu ; et ce qui le prouve c'est ce que la loi attribue également à ceux-ci un droit de correction. (V. l'article 383.)

Ils doivent, à plus forte raison, avoir le droit de garde, c'est-à-dire la direction de l'éducation de l'enfant.

Mais cette direction appartiendra-t-elle au père plutôt qu'à la mère ?

La loi ne le dit pas. Elle ne s'explique que pour les enfants légitimes.

Dans son silence, c'est aux tribunaux à prononcer ; et ils doivent se déterminer d'après les circonstances, en prenant pour base de leur décision le plus grand intérêt de l'enfant.

C'est ce qu'a jugé la Cour de Bruxelles, par arrêt du 23 décembre 1830, et telle est l'opinion du plus grand nombre des auteurs. Cette opinion, nous n'hésitons pas à la partager (2).

1108. Lorsque la mère proteste contre la paternité de celui qui se dit père, la garde de l'enfant doit être confiée à la

(1) V. les arrêts dans le journal de Dalloz, t. 27. 2. 97 et 179.

(2) V. l'arrêt dans le Journal de Sirey, t. 31. 2. 57; voir aussi Toullier, Droit civil, t. 10, n° 1076; Delvincourt; Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 553; Rolland de Villargues, *verbo Enfants naturels*, § 4; Magnin, *Traité des minorités*, t. 1, n° 267, et t. 2. n°s 14 et 15.

mère parce que la maternité est certaine et la paternité douteuse. (Toullier, *ibid.*, n° 1076.)

Mais si la paternité n'est pas contestée, et que la mère ait des mœurs licencieuses, les soins de l'éducation de l'enfant doivent être confiés au père, et celui-ci peut même s'opposer à ce que la mère fasse sortir l'enfant d'une pension où il l'a placé; mais elle doit être autorisée à le voir quand elle le désire. (Arrêt du 4 juillet 1836, Cour de Paris. V. S., 38. 2. 444.)

1109. C'est aussi un des droits attachés à l'administration de la personne de l'enfant que celui de le diriger dans le choix d'un état ou plutôt de choisir pour lui la profession qui lui convient le plus.

Dans ce choix le père doit consulter la fortune, les facultés, les goûts de l'enfant. Mais manquât-il même à ce devoir, le fils ne pourrait refuser de lui obéir tant qu'il serait sous sa puissance.

Les tribunaux n'ont pas à contrôler à cet égard l'autorité du père. Ils n'ont pas à scruter les motifs qui le déterminent dans l'indication de l'état. Ils doivent s'en rapporter à la sollicitude, à l'affection, aux lumières du père ou de la mère de famille. Il ne leur est pas permis d'autoriser l'enfant à faire un choix lui-même sans le consentement de ceux sous l'autorité desquels la loi l'a placé. C'est ce que déclaraient l'ancienne jurisprudence et notamment un arrêt de 1587, rendu en faveur du sieur Airault, lieutenant-général à Angers, contre les Jésuites, un arrêt du 10 août 1601 qui décide la question contre les Feuillants, un 3me arrêt du 24 mars 1604 qui consacre cette doctrine au profit du président Rigault contre les Capucins.

M. Locré, qui dans l'Esprit du Code civil rappelle cette ancienne jurisprudence, fait observer que le Code Napoléon n'y a rien changé.

En effet, il attribue aux père et mère une autorité illimitée sur les enfants mineurs et non émancipés; et comment

ne pas reconnaître que cette autorité comprend nécessairement le droit de faire pour eux le choix d'une profession, et de s'opposer à ce qu'ils en embrassent aucune autre?

1110. Une seule exception à ce pouvoir absolu est écrite dans l'article 374 du Code civil, qui permet à l'enfant âgé de 18 ans accomplis de s'enrôler volontairement pour le service de l'État.

Mais cette exception, qui était aussi admise dans l'ancien droit, que les auteurs du projet du Code civil avaient omise, et qui a été ajoutée sur la proposition du Conseil d'État, cette exception commandée par l'intérêt public devant lequel l'intérêt privé doit toujours fléchir, cette exception que les législateurs ont senti la nécessité d'exprimer formellement pour la maintenir, cette exception même confirme la règle générale pour tous les autres cas : *Exceptio firmat regulam.*

Quatrième effet de la puissance paternelle. — Usufruit légal.

SOMMAIRE.

1111. *Différence entre l'usufrnit légal et la garde noble ou bourgeoise.*

1112. *Similitude entre cet usufruit et la jouissanve attribuée par les lois romaines aux pères sur les biens de leurs enfants qui étaient sous leur puissance.*

1113. *L'usufruit légal appartient aussi à la mère non aux aïeux.— Pourquoi?*

1114. *Quelle est son étendue?*

1115. *Il ne s'applique pas aux biens d'une succession à laquelle l'enfant renonce.*

1116. *Il ne s'étend pas aux coupes achetées pour quelques années et qui ont lieu dans la forêt d'autrui; mais il comprend l'intérêt de la valeur de ces coupes.*

1117. *Il en est de même du fonds de réserve des actions de la banque, quoiqu'il ait eu lieu pendant l'usufruit.*

1118. *Il s'étend à la jouissance d'un trésor découvert.*

1119. *Les biens acquis par le travail et l'industrie séparés de l'enfant*

n'y sont pas soumis, ni ceux donnés ou légués à cette condition. — Différence du droit ancien et du droit nouveau.

1120. Quid *des travaux faits ou de l'industrie exercée pour les affaires du père ?*

1121. Quid *du don de la réserve légale ?*

1122. *Le père indigne n'a pas l'usufruit des biens que les enfants recueillent de leur chef. — Cas d'indignité.*

1123. Quid *de la mère également indigne ?*

1124. Quid *si la mère survit au père qui était indigne mais vivant au moment où les biens sont advenus aux enfants ?*

1125. *L'indignité n'entraîne pas la privation de l'administration des biens.*

1126. *L'époux contre lequel le divorce est prononcé n'a pas l'usufruit légal.*

1127. *En est-il de même de la séparation de corps? Controverse.*

1128. *Les père et mère naturels n'ont pas l'usufruit légal.*

1129. *Charges de l'usufruit légal, les unes générales, les autres particulières.*

1130. *S'il y avait communauté entre les père et mère, le défaut d'inventaire fait perdre l'usufruit légal.*

1131. *Une charge spéciale consiste dans les besoins des enfants.*

1132. *Elle s'oppose à la saisie des créanciers du père.*

1133. *Modifications de cette charge.*

1134. *Une charge spéciale et hors du droit commun est celle des intérêts arriérés des capitaux dus par le défunt. — Restriction de cette charge.*

1135. *A qui s'applique la charge des frais funéraires et de dernière maladie?*

1136. *L'usufruit légal cesse de plusieurs manières.—Par les faits personnels de l'usufruitier.—Quels sont les cas?*

1137. *De l'émancipation et de ses effets dans l'ancien droit.*

1138. *De ses effets actuels.— Les créanciers du père peuvent-ils s'en plaindre?*

1139. *L'émancipation peut-elle être révoquée?— Distinction.*

1140. *L'inexécution des charges et la mauvaise conduite autorisent-elles à priver de l'usufruit légal ?*

1141. Quid *de la faillite?*

1142. *Le second mariage de la mère la prive de l'usufruit légal.*

1143. *Des causes accidentelles qui éteignent l'usufruit.*

1144. *La mort civile en prive ; mais doit-on des aliments à l'usufruitier?*

1145. Quid *si le mort civilement est réintégré dans ses droits civils?— Distinction entre les modes de réintégration.*

1111. L'usufruit des biens des enfants est un des droits utiles attachés à la puissance paternelle; il a été accordé au père et à la mère pour les récompenser de leurs soins à l'égard de leurs enfants.

Il ne faut pas confondre ce droit avec celui qui résultait du droit de *garde noble ou bourgeoise*, attribué autrefois en France dans beaucoup de pays coutumiers, au survivant des père et mère sur les biens de leurs enfants.

La garde pouvait appartenir à l'aïeul ou à l'aïeule si le survivant des père et mère y renonçait ou en était privé.

L'usufruit légal, au contraire, n'est jamais déféré aux aïeux.

La garde ne s'appliquait qu'aux biens du prémourant des père et mère.

L'usufruit légal porte sur tous les biens des enfants quelle que soit leur origine.

La garde n'avait pas lieu en général pour celui qui acceptait la tutelle.

L'usufruit légal peut concourir avec la tutelle et n'en est pas ordinairement séparé.

Il serait superflu de consulter ici toutes les différences qui distinguent les deux droits. On peut consulter sur le droit de garde Rénusson qui en a fait un traité spécial, et le Recueil de jurisprudence de Rousseau-Lacombe au mot *Garde*.

Cependant la Cour de Paris attaqua, dans le projet de la Commission du Code civil, la disposition relative à l'usufruit légal qu'elle considérait comme le rétablissement du droit de garde qu'avait aboli la nouvelle législation.

Mais la différence des deux droits fut signalée et le projet de la Commission fut maintenu.

1112. L'usufruit légal conféré par le Code a beaucoup de rapport avec la jouissance que les lois romaines et la Cou-

tume d'Auvergne attribuaient aux pères sur les biens de leurs enfants.

Dans le droit ancien comme dans le droit nouveau cette jouissance était une émanation de la puissance paternelle.

Aussi se prolongeait-elle autant que cette puissance, c'est-à-dire pendant la vie entière de celui qui en était investi. Et même, d'après le droit écrit, cette jouissance du père de famille se continuait, depuis l'émancipation des enfants, sur la moitié des biens qui appartenaient à ceux-ci antérieurement, à moins que le père de famille n'y eût expressément renoncé (1).

La loi du 28 août 1792, en abolissant la puissance paternelle sur les enfants majeurs, a fait cesser en même temps le droit d'usufruit du père quoique acquis avant l'émission de cette loi, parce que les lois qui règlent l'état des personnes ont effet dès l'instant de leur promulgation (2).

1113. En empruntant des lois romaines le principe de l'usufruit légal les législateurs du Code l'ont étendu à la mère et l'ont restreint dans sa durée.

Voici en quels termes :

Art. 384. « Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du » mariage, le survivant des père et mère auront la jouis- » sance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de 18 ans ac- » complis ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu » avant l'âge de 18 ans (3). »

(1) V. les Institutions du Droit français, par Serres, livre 2, titre 9, § 2.

(2) Arrêts de la Cour de cassation, des 26 juillet 1810, 5 août 1812, 13 mars 1816, Journal de Sirey, t. 10. 1. 348 ; 13. 1. 58 ; 16. 1. 425.

(3) L'usufruit légal est accordé aux père et mère sur les biens de leurs enfants, conformément au Code Napoléon, par le Code des Deux-Siciles, art. 298 : la mère survivante n'en a que la moitié.

Il est accordé aux père et mère jusqu'à la majorité ou à l'émancipation des enfants par l'art. 239 du Code de la Louisiane.

L'art. 224 du Code Sarde donne au père l'usufruit des biens adventifs de son fils jusqu'à l'âge de 30 ans.

L'art. 204 du Code de Vaud est conforme à notre Code sur l'usufruit

L'article attribue la jouissance au père pendant le ma-
iage, à la mère après sa dissolution. Ce sont les deux seuls
scendants qui aient ce droit. Effet de la puissance pater-
ıelle il en éprouve le sort; ainsi il n'appartient pas aux aïeux
les enfants, parce que la loi ne confère pas de puissance à
es aïeux ; et il n'appartient à la mère qu'au moment où
ıar la mort civile ou naturelle du père elle est à son tour
aisie de l'autorité qui reposait d'abord seulement sur la tête
le celui-ci.

1114. Quant à l'étendue de cette jouissance elle n'est pas
quivoque. Les termes de l'article l'appliquent à tous les
ıiens des enfants, quelle qu'en soit la nature, quelle qu'en
oit l'origine, à ceux qu'ils avaient au moment où le droit
'est ouvert comme à ceux qu'ils ont recueillis depuis. Tous
es fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que
ıroduisent ces biens, appartiennent à l'usufruitier légal
omme à tout autre usufruitier. C'est ce que veut l'art. 582
lu Code civil.

1115. En attribuant aux père et mère la jouissance des
ıiens de leurs enfants âgés de moins de 18 ans, l'art. 384
uppose que ces biens ont été recueillis par eux. Il ne suffit
ıas, en effet, qu'ils aient été appelés à les recueillir. Il faut
ncore qu'ils en aient été saisis par la loi, et qu'ils n'y aient
ıas renoncé.

Si, par exemple, une succession leur était échue, que
e conseil de famille, sans l'autorisation duquel elle ne pour-
ait être acceptée (Code civil, art. 461), eût été d'avis d'y
enoncer, et qu'en exécution de cette délibération la renon-
iation eût été faite, le père, quoiqu'il eût été lui-même
l'une opinion contraire, ne pourrait pas réclamer la jouis-
ance des biens de l'hérédité. Car cette hérédité serait dé-
volue à d'autres parents du défunt qui, à défaut des enfants

égal ; mais l'art. 207 dit que cette jouissance cessera en cas de convol.

Le Code Hollandais, art. 366, est conforme à l'art 384 du Code Fran-
ais.

en seraient saisis, et contre lesquels le père ne pourrait réclamer un droit d'usufruit limité par la loi aux biens dont les enfants sont propriétaires.

Il en serait autrement d'une succession que le père, successible au premier degré aurait répudiée, et qui, par l'effet de cette répudiation, serait transmise aux enfants. La renonciation au titre d'héritier n'entraînerait pas l'abdication des droits du père comme usufruitier. Le refus de l'une des qualités ne nuirait pas à l'acceptation de l'autre, et les enfants acceptant eux-mêmes, avec l'autorisation du conseil de famille, la succession répudiée par le père, celui-ci exercerait son usufruit légal sur cette hérédité devenue la propriété de ses enfants. (V. Proudhon, nos 138-139.)

S'il s'agissait d'une succession testamentaire léguée en propriété aux enfants et en usufruit au père, la renonciation des enfants ne pourrait nuire au père. Car celui-ci ayant un titre personnel dans le testament pourrait en user quoique les enfants refusassent eux-mêmes d'accepter le legs qui leur aurait été fait. Ce cas diffère essentiellement de celui où l'usufruit, au lieu d'être conventionnel, est seulement légal et ne peut par conséquent exister qu'autant que les enfants sont propriétaires.

On remarquera cependant que, dans le cas de l'usufruit légal, le père qui est le tuteur légitime de ses enfants peut se pourvoir judiciairement contre la délibération prise par le conseil de famille, et se faire autoriser par la justice à accepter pour ses enfants la succession à laquelle ce conseil aurait été d'avis qu'on renonçât.

L'usufruitier légal doit seul aussi profiter des produits annuels d'une rente viagère et de ceux d'un usufruit appartenant aux enfants, et cela sans être tenu à aucune restitution. C'est ce que déclare l'article 588 pour la rente viagère ; et la règle doit s'appliquer aussi à l'usufruit appartenant aux enfants, parce qu'elle est fondée sur la nature même du droit du père ou de la mère, droit qui les autorise à jouir

de tout ce qui est la propriété des enfants, et par conséquent des revenus d'un usufruit comme de ceux d'une rente viagère. Telle est aussi l'opinion de Dalloz aîné dans son Dictionnaire de jurisprudence, et celle de Proudhon dans son Traité de l'usufruit (1).

1116. Mais le droit de l'usufruitier légal ne s'étend pas à des coupes pendant un certain nombre d'années, achetées par celui auquel les enfants ont succédé, et qui s'exploitent dans une forêt dont ils ne sont pas propriétaires. Car ces coupes forment un capital comme le prix de l'achat. L'usufruitier doit conserver ce capital qui est la substance de la chose soumise à son usufruit. Il ne doit donc profiter que des intérêts de la valeur de ces coupes; en sorte que s'il perçoit le produit des coupes, il devra le restituer aux enfants à la cessation de l'usufruit, sans intérêt jusqu'alors. Ainsi décidé par un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 1825 (2).

1117. Une question qui a quelque analogie avec la précédente a été résolue, le 27 avril 1827, par la Cour de Paris qui a décidé que l'usufruitier n'avait pas droit au fonds de réserve des actions de la banque, qui s'est formé pendant la durée de l'usufruit, parce que ce fonds accroît au principal et n'appartient qu'au propriétaire. Le droit de l'usufruitier, suivant l'arrêt, se réduit à la simple jouissance de la portion du fonds de réserve, qui a été distribuée pendant le cours de l'usufruit; en sorte que si cette portion est placée, les intérêts seuls du placement appartiennent à l'usufruit. Le fonds de réserve même, tant la portion distribuée que celle qui ne l'a pas été avant la cessation de l'usufruit, devant rester la chose du nu-propriétaire (3).

Cet arrêt a pour base les statuts de la banque qui ne

(1) Dalloz aîné, *verbo*, *Usufruit légal*, t. 12, 814, n° 4; Proudhon, tome 1er, n° 154.

(2) Le voir dans le journal de Dalloz, 25. 1. 190; et dans celui de Sirey, 25. 5. 125.

(3) Sirey, 27. 2. 183.

permettent pas de considérer le fonds de réserve comme un fruit civil.

1118. L'usufruit légal s'étend à la jouissance du trésor trouvé par l'enfant, et de celui qu'un tiers trouve dans la propriété de celui-ci.

Car la loi fait entrer dans cet usufruit tous les biens qui n'en sont pas formellement exceptés. La généralité des termes de l'article 384 ne peut, en effet, être modifiée que par une exception positive, légale elle-même ou conventionnelle.

Or, aucune exception ne se rencontre relativement au trésor, que l'article 716 définit : « Toute chose cachée ou » enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété » et qui est découverte *par le pur effet du hasard.* » (Code civil, art. 716, § 2.)

La propriété du trésor, dit le même article, appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds, et il lui en appartient moitié s'il est trouvé dans le fonds d'autrui, l'autre moitié appartenant dans ce cas au propriétaire du fonds.

Le hasard qui a fait faire la découverte ne peut être assimilé à des biens acquis par le travail ou l'industrie séparés du fils de famille, et le trésor découvert de cette manière ne peut être rangé dans l'exception portée par l'article 387 du Code, puisque sa découverte n'est pas le fruit des travaux ou de l'industrie séparée de l'enfant, et n'est que l'effet du hasard (1).

1119. Mais l'usufruit légal ne comprend pas les biens acquis « par le travail et l'industrie séparés de l'enfant ni ceux » qui lui ont été donnés ou légués sous la condition ex- » presse que les père et mère n'en jouiraient pas. »

Telle est la disposition précise de l'art. 387 qui pose deux exceptions bien caractérisées à la règle écrite dans l'art. 384.

Pour la première exception il est nécessaire que le tra-

(1) Voir sur cette question, Proudhon, *Usufruit*, tome 1er, n° 150; Dalloz aîné, *Jurisprudence*, t. 12, p. 799, n° 6.

vail et l'industrie s'appliquent à des objets étrangers aux intérêts du père et qu'il aient lieu du consentement au moins tacite de celui-ci.

1120. Les travaux faits, l'industrie exercée pour les affaires du père doivent profiter à celui-ci; car le père a le droit d'exiger que le fils qui est sous sa puissance travaille pour lui et emploie son industrie, ses talents, son intelligence à son avantage.

Mais s'il permet au fils de s'occuper hors de la maison paternelle, de se livrer à un métier quelconque, à une profession particulière, c'est au fils alors qu'appartient le gain qu'il en retire. La simple tolérance du père suffit même dans ce cas, comme indiquant un consentement tacite.

On devrait décider de la même manière relativement au gain d'un négoce séparé que ferait le fils même lorsqu'il habiterait avec le père.

En un mot c'est la séparation des intérêts du père et du fils qui distingue les gains dont le père doit profiter de ceux que le fils peut retenir.

Dans l'ancien droit il n'en était pas ainsi; il n'y avait que deux sortes de pécule qui formassent la propriété du fils, celui qui se faisait à la guerre et celui qu'on obtenait dans les combats judiciaires.

Ces pécules était connus sous le nom de *peculium castrense* et *peculium quasi castrense*. L'importance et les difficultés des luttes du barreau les avaient fait assimiler aux luttes militaires (1).

La législation nouvelle est plus juste comme plus sage. En donnant plus d'extension aux gains des fils de famille, elle excite leur émulation et encourage leurs efforts (2).

La seconde exception à l'usufruit légal n'est pas une innovation. Autrefois comme aujourd'hui les dons et legs faits aux fils de famille sous la condition expresse que le père n'en

(1) Voir pour l'ancien droit les Pandectes françaises sur l'article 387.
(2) V. sur cette question, Proudhon, *Traité de l'usufruit*, n° 148.

aurait pas la jouissance, devaient être exécutés conformément au titre qui les constituait. Le motif de la règle est sensible. L'auteur de la disposition pouvait ne pas donner ou léguer. Il a donc pu mettre à sa libéralité les conditions qui lui ont paru convenables. Comment l'usufruitier pourrait-il se plaindre d'une condition qui ne lui nuit pas puisqu'elle ne le prive d'aucun droit acquis?

Mais pour que la condition soit observée, il faut qu'elle soit expresse. L'article 387 le veut ainsi. Non que pour énoncer cette condition il faille rigoureusement se servir de tels termes plutôt que de tels autres. Il n'y a pas d'expressions sacramentelles dans notre droit. Mais il faut que la condition soit exprimée clairement, et que pour la chercher on ne soit pas obligé de recourir à des présomptions plus ou moins vagues, à des interprétations plus ou moins douteuses (1).

1121. En disant que les dons et legs faits aux enfants sous la condition expresse que le père ou la mère n'en auraient pas l'usufruit, devaient être exécutés conformément au titre de libéralité, nous avons supposé que les dons et les legs ne s'appliqueraient pas à la réserve légale des enfants. Car cette réserve légale ne peut être soumise à aucune condition; les enfants ayant dans leur qualité un titre personnel pour la réclamer et en étant saisis par la loi, le don ou le legs qui leur en serait fait n'ajouterait rien à leurs droits, et par conséquent le droit d'usufruit de ceux sous la puissance desquels sont ces enfants ne pourrait être détruit par une donation surabondante et inutile (2).

M. Proudhon fait observer que le père tuteur, quoiqu'il n'ait pas la jouissance de certains biens du mineur, en a cependant l'administration, qu'il peut, qu'il doit même en

(1) V. Proudhon, *ibid*, n° 149

(2) V. Vazeilles, *Mariage*, 2. 447; Toullier, t. 2, n° 1067; Proudhon, de l'*Etat des personnes*, t. 2. p. 161; Duranton, t. 3, n° 376.

poursuivre le recouvrement sauf à rendre compte au mineur des intérêts ou des revenus des capitaux recouvrés.

Cette réflexion est juste. Le mineur non émancipé ne peut agir lui-même. Le père, son tuteur légitime, doit donc exercer ses actions judiciaires.

Aussi plusieurs arrêts ont-ils déclaré nulle la condition que les pères et mères n'auraient pas l'administration des biens légués à leurs enfants tout en reconnaissant qu'il était permis de leur interdire la jouissance des legs. C'est ce qu'ont décidé la Cour de Besançon, par arrêt du 15 novembre 1807, et celle de Caen, par arrêt du 11 août 1825 (1).

1122. Une troisième exception à l'usufruit légal est écrite dans l'art. 730 du Code civil ainsi conçu :

« Les enfants de l'indigne venant à la succession de leur chef et sans le secours de la représentation ne sont pas exclus par la faute de leur père ; mais celui-ci ne peut, en aucun cas, réclamer sur les biens de cette succession l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants (2). » Art. 730.

Les cas d'indignité sont déterminés par l'art. 727 du Code civil.

« Sont indignes et comme tels exclus des successions : Art. 727.

» 1° Celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ;

» 2° Celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse ;

» 3° L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice. »

(1) Voir ces décisions dans le Journal de Sirey, t. 8. 2. 97 ; 26. 2. 310 ; et dans celui de Denevers ou Dalloz, t. 6. 2. 156, et t. 24. 2. 159.

(2) Voir pour les cas de représentation les articles 744 et 787 du Code civil.

La même règle sur la privation de l'usufruit légal est établie par l'art. 633 du Code sicilien ; par l'art. 922 du Code Sarde ; par l'art. 516 du Code de Vaud ; par l'art. 887 du Code hollandais.

Mais cette dernière peine ne s'applique pas aux parents et alliés du meurtrier en ligne directe, ni à son époux, ni à ses parents et alliés en ligne collatérale, jusqu'au degré d'oncles et de neveux inclusivement. La loi a respecté les sentiments de la nature; elle n'a pas exigé qu'ils fussent violés pour venger le défunt.

Les enfants de l'indigne peuvent être appelés à sa succession, si celui-ci ne concourait pas avec d'autres héritiers au même degré. Car l'existence d'un tel concours ferait disparaître les droits des enfants ; la portion de l'indigne accroîtrait dans ce cas à ses cohéritiers comme dans celui de la renonciation (1).

L'indignité qui prive le père de la succession du défunt, devait s'étendre aussi à l'usufruit des biens de l'hérédité, lorsque ces biens sont recueillis par ses enfants de leur propre chef. Il eût été peu rationnel de lui conserver une partie des avantages d'une succession dont la loi le repousse.

1123. Mais on remarque avec quelque surprise une lacune dans l'article 730. Il parle du père qui s'est rendu indigne; il ne dit rien de la mère.

Cette omission sera sans doute réparée par la jurisprudence. Car elle ne peut être que l'effet d'une négligence de rédaction.

Les motifs qui ont dicté la règle s'appliquent aussi à la mère, puisque l'on peut dire à son égard comme à l'égard du père, que *si les enfants peuvent venir à la succession de leur chef sans représenter son odieuse tête*, la justice qui leur est accordée ne doit pas lui profiter (2). *Ubi eadem ratio ibi idem jus.*

1124. Si les père et mère sont l'un et l'autre vivants, l'indignité de la mère ne prive pas le père de l'usufruit légal à moins qu'il n'ait été son complice.

Mais si c'est sur le père que frappe la déchéance pour cause

(1) V. le *Traité des Successions*, par M. Vazeilles, sur l'art. 730.

(2) Discours du tribun Siméon au Corps législatif.

d'indignité, l'usufruit légal dont il est privé ne passe pas à la mère, parce que la puissance paternelle ne lui appartient pas pendant la vie du père, parce que, d'ailleurs, ce ne serait réellement pas elle qui jouirait, et que sous son nom le père seul profiterait des avantages de cette jouissance.

M. Proudhon qui a examiné les questions que fait naître l'article 730, pense que, si pendant la vie du père qui s'est rendu indigne, les revenus de la succession doivent appartenir aux enfants qui la recueillent de leur chef après sa mort, ces revenus doivent être attribués à la mère survivante en vertu de la puissance paternelle dont elle est alors investie.

Cette question peut présenter des doutes. On peut se demander si le droit, acquis aux enfants dès l'ouverture de la succession à la jouissance des biens, peut leur être enlevé par un *fait postérieur;* et si, n'étant d'abord, relativement à cette succession, ni sous la puissance de leur père ni sous celle de leur mère, ils ont dû y tomber depuis; s'il n'y aurait pas une sorte d'injustice et d'inconséquence dans un tel système, et si ce cas ne doit pas être assimilé à celui de l'émancipation qui, une fois acquise à l'enfant, doit lui être maintenue, à moins que par un fait personnel, par sa mauvaise conduite surtout, il n'en provoque lui-même la révocation.

1125. La privation de l'usufruit légal résultant de l'indignité du père ou de la mère dans le cas prévu par l'art. 730 n'entraîne cependant pas celle de l'administration des biens recueillis de leur chef par les enfants. Car ceux-ci placés par la loi sous la tutelle légitime des auteurs de leurs jours n'en restent pas moins soumis à une administration que la faiblesse de leur âge et leur inexpérience rendent pour eux nécessaire; et l'article 730 étant muet à cet égard, c'est aux règles générales sur les tutelles qu'il faut s'en référer. Au reste autre chose est jouir pour soi, autre chose est administrer pour un mineur auquel on doit compte des jouissances.

1126. Une quatrième exception à l'usufruit légal était écrite dans l'article 386, ainsi conçu :

Art. 386. « Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des » père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé. »

Cette disposition est devenue inutile, aujourd'hui que le divorce a été aboli en France par la loi du 8 mai 1816.

1127. Mais devra-t-on l'appliquer à l'époux contre lequel une séparation de corps a été prononcée?

Les auteurs des Pandectes françaises adoptent l'affirmative. Ils se fondent sur ce que le Code civil a admis les mêmes règles pour le divorce et la séparation, et qu'il y a les mêmes motifs d'indignité.

Proudhon est d'une opinion contraire, et son avis nous paraît plus vrai comme plus conforme à ce grand principe de législation qui ne permet pas d'étendre les peines d'un cas à un autre.

Si le législateur qui, contre les unions malheureuses, avait offert aux époux le choix entre les deux remèdes du divorce et de la séparation de corps, avait entendu appliquer à l'un comme à l'autre la privation de l'usufruit légal, il l'aurait dit dans l'article 386. Le silence qu'il a gardé sur la séparation de corps prouve qu'il n'a pas voulu en assimiler en ce point les effets à ceux du divorce.

Au reste, le divorce et la séparation de corps diffèrent essentiellement dans leur nature et dans leurs conséquences.

Le divorce brise le mariage. La séparation de corps en relâche seulement les nœuds.

L'un est perpétuel et irréparable. Car les conjoints divorcés ne peuvent plus se réunir même par de nouveaux liens. (Code civil, art. 295.) L'autre peut n'être que temporaire. Le repentir du coupable peut obtenir le pardon de la victime, et produire une heureuse reconciliation.

Le divorce rend les époux à leur liberté, et leur permet de contracter de nouvelles unions. La séparation de corps laisse subsister la première, et ne donne pas lieu de craindre

que d'autres héritiers profitent des produits de l'usufruit légal et des économies dont cet usufruit aurait été la source.

Ainsi des différences essentielles distinguent les deux positions. Il n'eût donc pas été juste de les confondre dans l'application des peines (1).

1128. L'usufruit légal n'appartient pas aux père et mère naturels quoique la puissance paternelle leur soit attribuée par l'art. 383. Cet article limite à leur égard les droits attachés à cette puissance, à celui de correction conféré par les art. 376, 377, 378 et 379. On n'y rappelle pas l'art. 484 dont les termes même sont exclusifs des père et mère naturels. Car si ce dernier article parle d'usufruit, c'est en faveur du père, *pendant le mariage*, et en faveur de la mère *après la dissolution du mariage*. La disposition se refère donc seulement aux père et mère mariés l'un à l'autre.

Il serait peu juste, au reste, qu'un père, qu'une mère, qui n'auraient pas reconnu leurs enfants et fourni aux besoins de ceux-ci, lorsqu'ils étaient sans ressources, fussent admis à les reconnaître lorsque leur position deviendrait, plus heureuse afin de profiter de l'usufruit de leurs biens.

Enfin l'intérêt des mœurs exige que les père et mère naturels ne jouissent pas de tous les avantages des père et mère légitimes (2).

1129. L'usufruit attribué par la loi aux pères et mères n'est pas gratuit; des charges lui sont imposées par la loi.

Voici les termes de l'art. 385 du Code:

« Les charges de cette jouissance seront : Art. 385.

» 1° Celles auxquelles sont tenus tous les usufruitiers;

» 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants » selon leur fortune;

» 3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux;

» 4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie (3). »

(1) V. Proudhon, *ibid*, t. 1, n° 142.

(2) V. Proudhon, n° 124.

(3) Semblable disposition dans l'art. 299 du Code sicilien; 240 du Code de la Louisiane; 367 du Code hollandais.

L'usufruit paternel est soumis non-seulement aux charges générales de tout usufruit mais encore à des charges particulières qui lui sont propres.

La première espèce de ces charges, commune à tout usufruitier, est détaillée dans les art. 600 et suivants du Code civil.

Ainsi, 1° il doit être fait un inventaire estimatif du mobilier et un état des immeubles (art. 600), et cela en présence du subrogé-tuteur (art. 451);

1130. Cet inventaire est même tellement de rigueur que si les biens sujets à l'usufruit sont échus aux enfants par le décès de leur père ou de leur mère qui étaient communs en biens, le défaut d'inventaire fait perdre l'usufruit légal de ces biens au survivant de ceux-ci; *de leurs revenus*, dit l'article 1442; ce qui doit s'entendre non-seulement des revenus de tous les biens présents, mais encore de ceux de tous les biens à venir des enfants;

2° L'usufruitier doit jouir en bon père de famille (article 601); il n'est cependant pas tenu de donner caution. L'article cité l'en dispense. Mais l'hypothèque légale dont il est grevé comme tuteur en tient lieu;

3° Il est tenu des réparations d'entretien (articles 605-606-607);

4° Il est aussi tenu de toutes les charges annuelles des héritages, et par conséquent des intérêts des capitaux dus, des rentes perpétuelles et même des rentes viagères dont sont grevés les biens soumis à son usufruit (art. 608 et 609).

En un mot, il doit remplir toutes les obligations d'un usufruitier ordinaire, indépendamment de celles qui lui sont spécialement imposées par l'art. 385.

1131. La principale de ces obligations spéciales consiste dans la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune.

Cette obligation, la nature et la loi y soumettent, en général, tout père ou mère : *Pietatis officio.*

Mais elle est plus stricte encore pour l'usufruitier légal. Car elle est la condition d'un avantage ; elle est le prix du don que lui fait la loi ; s'il néglige cette condition, le tuteur ou le subrogé-tuteur peuvent le faire condamner à la remplir.

1132. Par une conséquence de ces principes, l'usufruit légal ne peut être saisi par les créanciers personnels de l'usufruitier, ou il doit être distrait sur les revenus une valeur annuelle suffisante pour fournir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des enfants.

1133. Cette charge spéciale disparaît cependant, mais pour l'avenir seulement, lorsque le père renonce à l'usufruit. Alors il ne lui reste plus que son obligation comme père, obligation moins étendue, qui est proportionnée à ses ressources et qui ne s'oppose pas à ce que les créanciers personnels saisisent ses biens ou leurs produits.

L'obligation s'affaiblit lorsque les revenus des biens des enfants sont insuffisants pour les charges annuelles. Cependant l'usufruitier n'en doit pas moins, comme père, suppléer à cette insuffisance aux dépens de ses ressources personnelles. Seulement les enfants ne peuvent dans ce cas exiger de lui que le nécessaire et une éducation plus modeste.

L'obligation est aussi moins stricte lorsque les enfants ont eux-mêmes les moyens de pourvoir à leurs besoins ; lorsque, par exemple, ils jouissent de biens non grevés de l'usufruit légal, ou lorsque les gains qu'ils retirent d'une industrie particulière que leur laisse exercer le père peuvent fournir à leur entretien, à leur nourriture et à leur éducation. Il ne serait pas juste que le père qui renonce aux bénéfices de cette industrie dont il aurait le droit de profiter dût encore supporter des charges dont il pourrait être indemnisé par les travaux des enfants qu'il a sous sa puissance.

1134. La troisième charge de l'usufruit légal est le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux.

Ces arrérages ou intérêts ne peuvent s'entendre de ceux

qui courent depuis l'ouverture de l'usufruit. Car si telle eût été l'intention de la loi, il eût été inutile d'insérer sur cet objet une disposition spéciale dans l'article 385. La charge aurait été suffisamment prescrite par la première disposition de l'article, où l'on voit que l'usufruitier légal est soumis à toutes les obligations de l'usufruitier conventionnel.

C'est donc une charge extraordinaire que celle de payer les arrérages et les intérêts des capitaux ; et par conséquent elle ne peut s'appliquer qu'aux intérêts arriérés dus au moment du décès de l'ancien propriétaire.

Tel est l'avis de Proudhon dans son *Traité de l'usufruit :* et cet avis, nous n'hésitons pas à l'adopter.

Nous ajouterons avec cet estimable auteur que la règle ne doit s'appliquer qu'aux intérêts des sommes capitales dues par le défunt, et non aux arrérages des rentes ni à toutes autres prestations annuelles que le défunt aurait négligé d'acquitter pendant sa vie. L'article ne parle, en effet, que des intérêts des capitaux. Il ne dit rien des rentes, des baux de ferme et de toutes autres prestations annuelles ; et comme la charge imposée est hors des termes du droit commun, elle ne doit pas être étendue hors du cas expressément prévu, c'est-à-dire à aucun autre arrérage que ceux des intérêts des sommes exigibles dues par le défunt. Nous disons des rentes perpétuelles ou viagères, une rente ne constituant pas la dette d'un capital, mais seulement celle d'un revenu (1).

Cette disposition de la loi nouvelle paraît avoir été empruntée des règles de notre ancien droit coutumier sur la garde noble et bourgeoise.

1135. La quatrième charge qui grève l'usufruit légal est celle des frais funéraires et de ceux de la dernière maladie de la personne dont la succession est échue aux enfants mineurs de l'usufruitier.

(1) Proudhon, nos 206, 207 et 208.

La généralité des expressions de l'article a fait naître une question : les frais funéraires et de dernière maladie ne doivent-ils pas être entendus de ceux relatifs aux enfants eux-mêmes qui décéderaient pendant la durée de l'usufruit ?

M. Proudhon qui se fait cette question, la résout négativement en faisant observer que la disposition est empruntée du droit coutumier qui n'appliquait la charge qu'aux frais relatifs à l'auteur de la succession déférée aux enfants.

Il serait peu rationnel, d'ailleurs, de faire peser sur l'usufruitier une charge produite par l'événement même qui le priverait de son usufruit.

Ce serait, suivant la juste remarque de l'auteur, imposer le malheur d'un père déjà trop affligé de la perte de ses enfants, et affranchir l'hérédité d'une dette qui doit l'affecter.

Dans les frais funéraires sont nécessairement compris ceux des habits de deuil de la veuve ; car ces habits sont un accessoire de la pompe funèbre. Telle était la jurisprudence autrefois, telle elle doit être aujourd'hui (1).

1136. Le droit à l'usufruit légal peut cesser ou par un fait personnel de l'usufruitier ou par une cause accidentelle.

Par un fait personnel de l'usufruitier, si celui-ci émancipe son pupille ;

S'il y a indignité ;

Si les charges de l'usufruit ne sont pas exécutées ;

Si la mère usufruitière passe à de secondes noces.

1137. L'art. 477 du Code civil permet au père pendant le mariage, ou après la mort de celui-ci, à la mère, d'émanciper leurs enfants lorsqu'ils ont atteint l'âge de 15 ans accomplis.

Cette émancipation se fait par une simple déclaration devant le juge de paix assisté de son greffier.

L'émancipation fait cesser la puissance paternelle. Elle

(1) V. Proudhon, n° 213, et les nombreux auteurs qu'il cite.

doit donc aussi faire cesser l'usufruit légal qui en est l'effet.

Autrefois, dans les pays de droit écrit, l'émancipation ne privait les pères que de la moitié de l'usufruit des biens de leurs enfants ; ils conservaient l'autre moitié *in præmium emancipationis*. C'était la disposition de la loi *si oportet*, 6. *cod. de bon. quæ liberis*, loi de l'empereur Justinien qui, modifiant une loi antérieure de l'empereur Constantin, décida qu'au lieu du tiers de la propriété des biens de leurs enfants qu'ils émanciperaient, les pères auraient l'usufruit de la moitié de ces biens.

Il est à observer, au reste, que suivant les lois romaines, le mariage émancipait les filles et non pas les mâles. Ceux-ci continuaient après le mariage de rester sous la puissance paternelle.

En Auvergne, province qui avait une coutume particulière, mais qui, dans le silence de cette coutume, était régie par le droit romain, le mariage des filles les émancipait. Cependant le père conservait l'usufruit de leurs biens s'il se le réservait expressément. A défaut de réserve il le perdait (1).

1138. Plusieurs autres questions étaient agitées dans l'ancien droit sur l'usufruit paternel et sur les effets de l'émancipation et du mariage quant à cet usufruit. Elles ne peuvent plus se renouveler aujourd'hui que, suivant l'article 476 du Code civil, le mineur est « émancipé de plein » droit par le mariage, » et que, suivant l'art. 384, l'usufruit légal cesse à l'émancipation de l'enfant.

Mais les créanciers du père peuvent-ils se plaindre d'une émancipation qui, en privant le père de l'usufruit des biens de ses enfants, les prive eux-mêmes de la valeur de cet usufruit sur lequel ils pouvaient compter comme gage de leurs créances ?

L'art. 622 du Code civil autorise les créanciers de l'usufruitier à faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur

(1) V. l'art. 48 du chap. 14 de cette Coutume, et le Commentaire de Chabrol.

préjudice ; et ne peuvent-ils pas dire que ce droit leur appartient, soit que la renonciation ait été faite directement par la déclaration de l'usufruitier, soit qu'elle ait été faite indirectement par l'émancipation de l'enfant?

En réponse à cette question, nous ferons observer avec Proudhon dans son *Traité d'usufruit* que l'art. 622 paraît s'appliquer plutôt à l'usufruit conventionnel qui doit se prolonger pendant toute la vie de l'usufruitier, qu'à l'usufruit légal dont la durée n'est que temporaire, qui doit cesser dès que l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans, qui est grevé de charges particulières auxquelles il doit d'abord fournir, et dont la valeur ne peut offrir aux créanciers qu'un gage fort incertain, fort équivoque. Aussi Proudhon considère-t-il comme douteuse l'action des créanciers en nullité d'une renonciation directe à l'usufruit légal. (Proudhon, t. 5, n° 2397.)

Mais il ne peut, sous aucun rapport, leur être permis de se plaindre de la renonciation indirecte qui résulterait de l'émancipation de l'enfant par mariage ou autrement.

Car ils ont dû s'attendre à cet événement; et ils n'ont pas le droit de s'opposer à ce qu'un père affranchisse son fils de la puissance paternelle, en l'émancipant lorsqu'il le croit en état par sa force et son intelligence de se diriger lui-même; ils auraient encore moins celui de se plaindre du mariage du fils si le père y consentait. Le mariage, l'émancipation tiennent à l'état des personnes. La puissance paternelle est aussi un droit attaché à la personne des père et mère.

Or des créanciers ne peuvent pas exercer ni par conséquent restreindre les droits exclusivement attachés à la personne de leur débiteur. (Code civil, art. 1166.)

Des créanciers ne peuvent aussi par leurs actions gêner la liberté civile et porter atteinte à l'état des personnes. Ils n'ont donc pas le droit de s'immiscer dans l'examen des motifs qui ont déterminé un père de famille, quoique leur débiteur, à émanciper son fils ou à consentir au mariage de celui-

ci. Et comme la cessation de l'usufruit n'est que la conséquence ou l'effet de l'émancipation ou du mariage de l'enfant, les créanciers du père, qui ne peuvent être autorisés à s'opposer à la cause, ne peuvent aussi empêcher l'effet.

1139. L'émancipation produite par le mariage est irrévocable. Comment concevoir, en effet, que celui qui a été jugé, par le souverain dans le cas de dispense d'âge, ou par ses parents, dans les cas ordinaires, capable de contracter un engagement aussi sérieux, ne le soit pas pour administrer ses biens? Cette émancipation, au reste, est acquise de plein droit au mineur; elle lui est acquise de plein droit par la volonté de la loi, sans condition, sans terme, sans réserve. Elle doit donc être absolue, et ne peut être révoquée. Ainsi jugé par arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1821. (Sirey, 21. 1. 188.)

Mais l'émancipation résultant de la seule déclaration des père et mère devant le juge de paix est une concession du père ou de la mère; et elle peut être retirée s'il est reconnu qu'elle avait été accordée par erreur et que le fils n'en mérite pas le bénéfice. Rentrant en tutelle par cette révocation le mineur retombe aussi sous la puissance paternelle; et par conséquent l'usufruit légal renaît (1).

1140. Nous avons déjà parlé de l'indignité, comme cause de privation du droit d'usufruit, et nous avons rappelé sur cette cause les termes de l'art. 730 du Code civil.

Mais le cas prévu par cet article s'applique seulement à la succession dont le père ou la mère se sont rendus indignes. Ils conservent l'usufruit des autres biens des enfants.

Il est un autre cas d'indignité qui se confond avec l'inexécution des charges auxquelles est soumis l'usufruitier.

Cette inexécution et une mauvaise conduite sont des motifs suffisants pour provoquer la privation de l'usufruit.

(1) Proudhon, de l'*Etat des personnes*, t. 2, p. 266.

L'inexécution isolée devrait faire modifier les droits du père, mais ne pas en entraîner l'extinction absolue. Si, par exemple, le père, sans se livrer, d'ailleurs, à des désordres criants, négligeait de fournir à ses enfants la nourriture, l'entretien et l'éducation qui leur seraient nécessaires, ou si les revenus de cet usufruit devenaient annuellement la proie de ses créanciers, les tribunaux, que la loi prépose à la surveillance et à la conservation des intérêts des mineurs, pourraient, sur la provocation du subrogé-tuteur, ordonner qu'une partie des produits de cet usufruit serait consacrée annuellement aux besoins des enfants, et déterminer même les biens sur lesquels ces produits seraient perçus. Le surplus resterait au père.

Mais si les désordres du père obligeaient la justice à le priver de la tutelle de ses enfants, il devrait aussi perdre l'usufruit légal. C'est ce que la Cour de Riom a jugé par un arrêt du 14 avril 1815 qui avait été précédé d'autres arrêts, par lesquels le père avait été, conformément à l'avis du conseil de famille, destitué de la tutelle.

Si la destitution de la tutelle légitime n'était pas provoquée, l'inconduite notoire devrait-elle suffire pour entraîner la privation de l'usufruit légal?

Les auteurs sont divisés sur la question. Il semble cependant que si le père conserve la tutelle il ne peut être privé de l'usufruit; car ou ses désordres sont tels qu'il est dangereux de lui confier les soins et l'éducation des enfants; et par conséquent la tutelle ou l'administration des personnes et des biens des enfants doit lui être enlevée; et dans ce cas les tribunaux le privant, dans l'interêt des enfants, d'un des principaux droits attachés à la puissance paternelle, il est juste qu'on le prive aussi des bénéfices attachés à cette puissance, c'est-à-dire de l'usufruit légal; ou, au contraire, ses désordres ne sont pas assez caractérisés pour le rendre indigne de la tutelle; et, dans ce second cas, pourquoi le priverait-on de son usufruit?

1141. La faillite ou la déconfiture du père ne doivent pas être assimilées à l'inconduite et lui faire perdre soit la tutelle, soit l'usufruit légal. Elles peuvent être l'effet de malheurs, de fausses spéculations, d'imprudence, plutôt que de l'immoralité du failli. Celui-ci ne doit donc pas être dépouillé des ressources qu'il peut trouver dans son usufruit légal. Mais si ses créanciers s'emparaient de ces ressources, ils devraient souffrir la distraction de ce qui serait nécessaire pour la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants et pour acquitter les autres charges de l'usufruit.

Tout ce que nous venons de dire s'applique à la mère comme au père (1).

1142. Le second mariage de la mère est pour elle une cause particulière de privation de l'usufruit légal. Le législateur a craint que sous l'influence d'un second époux elle n'eût plus la force ou la volonté de veiller avec la sollicitude nécessaire à l'administration des personnes et des biens de ses enfants; et il lui a enlevé tout à la fois et la tutelle et l'usufruit légal (V. les articles 386 et 395).

Il a cependant autorisé le conseil de famille à conserver la tutelle à la mère qui voudrait se remarier, mais sans lui laisser en même temps la jouissance des biens des enfants; craignant que les revenus de ceux-ci ne fussent employés aux besoins du second époux et des enfants du second lit. Ce second époux, si la tutelle est conservée à la mère, touche, il est vrai, ces revenus, comme curateur; mais il en doit compte; et cette obligation qu'il aura à remplir à la fin de la tutelle ne lui permet pas de détourner de leur destination les jouissances qu'il perçoit.

1143. Après avoir examiné les faits personnels de l'usu-

(1) V. sur l'inconduite notoire des père et mère, Salviat, de l'*Usufruit*, t. 2, p. 63, art. 123, n° 9; Proudhon, tome 1, n° 146, et t. 5, n° 2425; Vazeilles, *du Mariage*, t. 2, n° 431; Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. 2, n° 328; Duranton, t. 3, n° 338; Toullier, t. 2, n° 1062.

fruitier qui font cesser l'usufruit, il nous reste à considérer les causes accidentelles qui le détruisent.

Ces causes sont la mort naturelle ou civile de l'usufruitier ;

La mort naturelle ou civile de l'enfant.

L'extinction de l'usufruit par la mort naturelle ou civile de l'usufruitier est commune à l'usufruit conventionnel. (V. l'art. 617 du Code civil.)

Quant à la mort naturelle, il n'y pas d'observation à faire. La nature même de l'usufruit qui ne consiste qu'en une jouissance viagère, ne permet pas que l'usufruitier transmette aucun droit de jouissance.

1144. Image de la mort naturelle aux yeux de la loi, la mort civile doit produire les mêmes effets. C'est aussi ce que déclare l'art. 25 du Code civil. L'art. 617 n'est que l'application, particulière à l'usufruit, des règles générales sur les conséquences de la mort civile.

Néanmoins pour soulager la misère de l'usufruitier frappé de mort civile, il serait conforme à l'humanité de lui conserver une portion de l'usufruit, qui lui tiendrait lieu d'aliments. L'article 25 du Code civil ne s'y oppose pas. Il permet même au condamné à la mort civile de recevoir à titre d'aliments; et quoique la loi n'impose pas l'obligation d'en fournir à un père placé dans cette affligeante situation, cependant la nature et l'équité le commandent, et les tribunaux n'hésiteraient pas sans doute à l'ordonner. Salviat pense qu'il en est dû à tout usufruitier aux dépens des jouissances qu'il perd (1).

1145. Si l'usufruitier mort civilement est réintégré dans ses droits civils, recouvrera-t-il au moins pour l'avenir l'usufruit légal dont il avait été privé?

Salviat et Proudhon prévoient deux cas : l'un celui où la réintégration est prononcée par un jugement, l'autre où elle a pour cause une grâce du prince.

(1) Salviat, *Traité de l'usufruit*, t. 2, p. 20 et 21.

Pour le premier cas les deux auteurs s'accordent à penser que le mort civilement, rétabli dans ses droits civils par un jugement, les recouvre tous sinon pour le passé au moins pour l'avenir; que réintégré dans sa puissance paternelle il doit jouir de tous les droits attachés à cette puissance, et que par conséquent l'usufruit légal lui appartient.

Cette opinion n'est peut-être pas rigoureusement exacte en droit, puisqu'elle priverait les enfants, s'ils avaient un tuteur étranger, d'un droit acquis aux revenus de leurs biens; ou s'ils avaient toujours leur mère qui par la mort civile du père aurait succédé à la puissance paternelle et à l'usufruit légal, celle-ci serait dépouillée de ce double avantage. Cependant il y a tant d'équité dans une telle décision qu'elle doit être admise.

Il y a plus de difficultés pour les effets de la réintégration par lettres de grâce. Le prince peut bien remettre la peine; mais il ne peut effacer le jugement ni par conséquent détruire les droits que ce jugement a valus à des tiers. Il n'appartient pas au prince, à cet organe et ce premier sujet de la loi de priver les enfants ou leur mère des jouissances que la mort civile du père leur avait définitivement attribuées. Salviat qui le décide ainsi nous paraît plus vrai en principe que Proudhon dont l'avis est contraire (1).

---

§ II.

De la tutelle des enfants légitimes.

SOMMAIRE.

1146. *Origine et motifs de la tutelle.*
1147. *Droit ancien et âge de la majorité.*
1148. *Droit intermédiaire.*
1149. *Droit actuel.—Majorité fixée à 21 ans.*

(1) Troplong, n.os 2018-2020; et Salviat, t. 2, p. 23 et suiv.

1150. *Les années se comptent par jour, non par heure.*
1151. *La majorité de 21 ans ne s'applique qu'aux affaires civiles.*
1152. *Quelle est la majorité pour les affaires criminelles ?*
1153. *Quelle est celle établie pour les diverses fonctions publiques ?*
1154. *Quelle est celle du roi et du régent ?*
1155. *Définition de la tutelle.*
1156. *De la tutelle chez les Romains.—Trois espèces.*
1157. *A quel âge finissait-elle ?*
1158. *En France les tutelles étaient toutes datives, à l'exception de la tutelle légitime de la mère ou de l'aïeule.*
1159. *Quand finissait-elle ?*
1160. *L'ancienne division des tutelles a été adoptée par le Code civil.*
1161. *Division du paragraphe.*

1146. La tutelle peut être considérée comme de droit naturel dans son origine. Car l'équité naturelle veut que celui qui, par la faiblesse de son âge, ne peut se diriger et se défendre lui-même, soit guidé et protégé par d'autres.

Mais la loi civile a dû déterminer les règles de cette protection et fixer l'âge auquel elle ne serait plus présumée nécessaire.

De là les dispositions législatives sur les minorités et sur les tutelles.

Ces dispositions ont varié suivant les peuples et d'après l'influence des climats ou des mœurs.

1147. Chez les Romains la pleine majorité était fixée à 25 ans. Cependant la tutelle ne durait pas jusqu'à cet âge. Elle cessait à 14 ans; seulement les mineurs de 25 ans qui avaient contracté étaient admis au bénéfice de restitution contre leurs engagements s'ils avaient été lésés.

Ces principes régissaient autrefois en France celles de nos provinces qui avaient adopté la législation romaine, et que par ce motif on appelait pays de droit écrit.

Dans les autres provinces connues sous la dénomination de pays coutumier, l'âge de la majorité était différent selon les lieux, et même, dans quelques coutumes, selon la qualité des personnes ou la nature des biens. Quelques coutumes

fixaient la majorité à 15 ans, d'autres à dix-huit; mais elles accordaient pour les actes faits avant l'âge de 25 ans le bénéfice de la restitution.

Dans certaines coutumes la majorité d'un mâle noble n'avait lieu qu'à 20 ans accomplis, celle des filles nobles et de tout roturier indistinctement commençait à 14 ans, excepté pour les biens nobles relativement auxquels la minorité se prolongeait jusqu'à l'âge de 20 ans.

En Auvergne, les réformateurs de la coutume avaient fixé la majorité pour tout individu à 25 ans. (V. chap. 13, art. 1.)

Mais par exception ils avaient conservé une majorité féodale de 20 ans. (V. le chap. 22, art. 28.)

1148. Toutes ces différences disparurent en France devant la loi des 20 septembre 1792 et 31 janvier 1793 qui établirent une majorité uniforme de 21 ans pour tous les Français, quant à l'exercice de leurs droits civils.

1149. La fixation de l'âge de la majorité a excité parmi les législateurs du Code civil de sérieuses discussions. Ils ne se sont décidés qu'avec beaucoup d'hésitation à admettre, comme la loi de 1792, la majorité de vingt-un ans accomplis (1).

Art. 388. « Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui » n'a point encore l'âge de 21 ans accomplis. »

Cet article est en harmonie avec l'art. 488 qui pose en d'autres termes la même règle :

Art. 488. « La majorité est fixée à 21 ans accomplis. A cet âge » on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la » restriction portée au titre du Mariage. »

1150. Ce n'est pas par heures, c'est par jours que les années se comptent. Ainsi l'enfant, né le 1er avril 1800, a complété sa 21e année, le 31 mars 1821, à la dernière heure, quelle qu'ait été celle à laquelle il est né le 1er avril; en sorte qu'il est majeur au premier instant du premier jour

(1) Voir les procès-verbaux du Conseil d'Etat et l'Esprit du Code Napoléon, sur le titre de la Minorité et de la tutelle.

d'avril 1821, par application de la maxime *quoties de commodo agitur, dies inceptus pro completo habetur.*

1151. Mais, comme le déclare l'art. 488, cette majorité de 21 ans ne s'applique qu'aux actes de la vie civile. Encore le plus important de ces actes, le mariage, en est-il excepté au moins pour les fils qui ne peuvent, sans le consentement de leurs père et mère, se marier avant l'âge de vingt-cinq ans (C. civ., art. 148). Avec ce consentement ils peuvent se marier, savoir : les hommes après 18 ans révolus, et les femmes après 15 ans. (V. art. 144).

1152. D'autres majorités relatives aux matières criminelles ont été fixées par des lois particulières.

Ainsi, suivant l'art. 99 du Code d'instruction criminelle, les enfants au-dessous de l'âge de quinze ans ne peuvent être entendus que par forme de déclaration et sans prestation de serment.

D'après les art. 66, 67, 68 et 69 du Code pénal, l'individu âgé de moins de 16 ans ne peut être condamné que lorsqu'il est décidé qu'il a agi avec discernement; et dans ce cas là même la peine prononcée par la loi est beaucoup affaiblie en sa faveur.

1153. Quant à l'âge nécessaire pour l'exercice des droits politiques et pour la magistrature il est réglé par des lois spéciales.

Les pairs ont entrée dans la chambre à 25 ans; mais ils n'ont voie délibérative qu'à trente ans (Art. 24 de la Charte).

Aucun député ne peut être admis dans la Chambre s'il n'est âgé de 30 ans. (Art. 3, *id.*)

Pour être instituteur primaire il suffit d'être âgé de 18 ans accomplis (Loi du 28 juin 1833, art. 4).

Pour être appelé au service de la garde nationale il faut être âgé de 20 ans.

L'âge requis pour être électeur est de 25 ans (L. du 19 avril 1831, art. 1er).

Pour être élu Membre du Conseil-Général de département ou du Conseil d'arrondissement il faut avoir 25 ans (Loi du 22 juin 1833, art. 4 et 23).

Les présidents et conseillers à la Cour de cassation ne peuvent siéger qu'à 25 ans.

Les présidents et les procureurs-généraux des autres cours doivent avoir 30 ans.

Les juges de commerce 30 ans et les présidents 35 ans.

Vingt-cinq ans accomplis sont requis pour les fonctions de notaire, d'avoué, d'huissier.

1154. Nos rois, sous la première et sous la seconde race, n'étaient majeurs qu'à 25 ans.

Une ordonnance de Charles V rendue en août 1374 fixa leur majorité à 14 ans commencés. La crainte de l'abus des régences provoqua cette mesure.

Aujourd'hui, d'après la nouvelle loi du 30 août 1842, les rois sont majeurs à 18 ans accomplis. Jusqu'à ce qu'ils aient atteint cette âge l'autorité royale dans toute sa plénitude est exercée par un régent qui doit être lui-même âgé de 21 ans accomplis. Ce régent doit être le prince le plus proche du trône dans l'ordre de la successibilité.

La même loi sépare la tutelle du roi mineur de la régence. La tutelle est confiée à la mère de l'enfant royal. Le régent a l'administration de l'Etat ; la tutrice a celle de la personne du roi. Ces deux hautes fonctions ne pevenut être cumulées.

1155. Considérons la tutelle dans ses règles applicables à la généralité des Français.

« La tutelle est le pouvoir donné par la loi à un citoyen » pour défendre celui à qui la faiblesse de son âge ne » permet pas de se défendre lui-même (1). »

1156. Cette définition est empruntée des lois romaines; la loi 1re, ff. *de tutelis* s'exprime ainsi :

(1) Voir dans la Législation civile et commerciale de Locré, le discours du tribun le Roi, t. 7, comment. 9, n° 5.

Tutela est vis ac potestus in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem spontè se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

Chez les Romains la tutelle testamentaire était la plus usitée même avant la loi des Douze Tables. Cette loi en maintint l'usage.

Le père de famille nommait par testament un tuteur à ses enfants et même à ses petits-enfants qui étaient en sa puissance. (L. 1, ff. *de tutela.*)

Mais s'il ne désignait pas de tuteur, la tutelle appartenait aux parents les plus proches dans l'ordre de la successibilité. La conservation des biens du mineur était confiée à celui qui devait recueillir ces biens en cas de decès du mineur : *Ut qui sperarent hanc successionem iidem tuerentur bona ne dilapidarentur.* (L. 1, *de tutelis.*)

Ce fut la novelle 118 qui appela à tutelle les parents les plus proches quelle que fût leur ligne, soit qu'ils fussent *agnati* ou *cognati.*

D'après la loi des Douze Tables, les agnats seuls étaient investis de la tutelle.

Comme c'était aux successibles que la charge de la tutelle était déférée, s'il y avait plusieurs successibles au même degré, cette charge était partagée entre eux. (D. L. 1 et l. 9, ff. *de tutelis.*)

Mais les femmes en étaient exclues. (L. 73, ff. *de regul. juris.*)

Cependant la mère et l'aïeule étaient exceptées de l'exclusion ; elles étaient même préférées à tout autre parent. Les tuteurs testamentaires seuls obtenaient sur elles la préférence. (L. *ult. de tutel.*)

A défaut de tuteurs testamentaires ou légitimes, les tuteurs étaient nommés par les magistrats municipaux aux impubères. (L. 8, Cod. 2 *de tutor et Curat. datis ;* l. 5, Cod. *de magistrat. conv.*)

Outre la tutelle des impubères dans l'ancien droit romain

on donnait aussi un tuteur aux femmes même pubères à cause de la faiblesse de leur sexe et de leur inexpérience en affaires.

Cette tutelle était également testamentaire, légitime ou dative.

Elle était perpétuelle.

La tutelle testamentaire était déférée par le testament du mari, lorsque la femme était en sa puissance.

A défaut de tutelle testamentaire les femmes ingénues étaient placées sous la tutelle des agnats, et les affranchies sous celle de leur patron ou des enfants de celui-ci.

Enfin, en l'absence du tuteur testamentaire ou légitime, le magistrat nommait le tuteur.

Cette tutelle perpétuelle des femmes fut en usage jusqu'au temps de l'empereur Léon. Elle tomba alors en désuétude; du temps de Justinien elle était entièrement oubliée.

Cette tutelle des femmes est rappelée dans les fragments d'Ulpien.

1157. La tutelle ordinaire finissait chez les Romains à la puberté, c'est-à-dire à l'âge de 12 ans pour les femmes et de 14 ans pour les hommes. L. *ult. qui tut. vel. cur.*

1158. En France autrefois, même en pays de droit écrit, les tutelles étaient toutes considérées comme datives, c'est-à-dire que les tutelles même testamentaires ne pouvaient produire leur effet *ipso jure;* elles devaient être confirmées par le magistrat en connaissance de cause.

La tutelle légitime des agnats n'était pas aussi observée; d'une part, on ne faisait aucune différence entre les parents du côté paternel appelés *agnati*, et les parents du côté maternel appelés *cognati*. D'une autre part, on ne suivait pas même littéralement cette maxime du droit romain : *Ibi tutelæ debet esse onus ubi est successionis encolumentum.*

En vertu d'une ordonnance du juge rendue sur la requête d'un parent ou sur la requisition du procureur du roi ou du procureur fiscal, les parents les plus proches tant paternels

que maternels en nombre convenable, ou, à défaut de parents, les alliés et même les voisins étaient convoqués devant le juge et nommaient le tuteur à la pluralité des voix.

Cependant on suivait encore en France, en pays de droit écrit, l'authentique *matri et aviæ quando mulier tutel. offic.* qui défère à la mère majeure de 25 ans, et à son défaut à l'aïeule, la tutelle légitime des enfants. Cette tutelle n'avait pas besoin d'être confirmée par une assemblée de parents ni même par le juge.

Si la mère se remariait elle la perdait; mais elle devait en continuer les fonctions tant qu'un autre tuteur n'était pas nommé (1).

1159. Dans les pays de droit écrit la tutelle finissait à la puberté qui commence à 14 ans accomplis pour les mâles, à 12 ans aussi révolus pour les filles (2).

Dans les pays de coutume on admettait généralement le principe que toutes tutelles sont datives. C'est ce qu'enseigne Godefroi sur la loi 1re, Cod. *de test. tut. Notatum est in Gallià neque lege neque testamento tutores sed tantùm ex inquisitione dari.*

Cependant les tuteurs testamentaires étaient préférés; mais ils devaient être confirmés par le juge, et celui-ci pouvait, réuni aux parents du mineur, s'écarter dans certaines circonstances du choix du père (3).

En Auvergne, l'aïeul paternel était préféré à la mère pour la tutelle. (Auvergne, chap. 11, art. 3.)

Celle-ci ne pouvait être tutrice que si elle était majeure de 25 ans. Si elle se remariait elle devait avant son convol faire nommer un autre tuteur, sinon elle était privée de ses gains nuptiaux. (*Ibid.*, art. 4 et 5.)

(1) V. sur cette doctrine les Institutions au droit français, par Serres, livre 1er, titres 13, 14 et 15.

(2) V. le même auteur, titre 22.

(3) V. Chabrol, sur Auvergne, t. 1, p. 142 et suiv.

Le frère aîné âgé de 25 ans était lui-même préféré à la mère, mais non à l'aïeul paternel. (*Ibid.*, art. 6 .)

Mais toutes ces tutelles testamentaires ou légitimes devaient être confirmées par le juge. (Coutumes d'Auvergne, chap. 11, art. 11.)

1160. Le Code civil a adopté, mais en la modifiant, la division des tutelles, en légitimes, testamentaires et datives.

Les père et mère et les ascendants sont tuteurs légitimes ; mais ceux-ci ne sont appelés à la tutelle des mineurs que lorsque le survivant des père et mère n'a pas choisi un autre tuteur.

1161. Nous n'avons pas à nous occuper des tutelles datives déférées par le conseil de famille.

Nous devons nous restreindre à celles qui ont leur principe dans le mariage et qui appartiennent aux père et mère et aux ascendants, ou qui ont été déférées par le survivant des père et mère.

Cet examen sera l'objet des trois subdivisions suivantes :

1re Subdivision.

Des tutelles des père et mère.

SOMMAIRE.

1162. *L'administration du père pendant le mariage n'est pas une tutelle.*

1163. *Elle ne produit pas d'hypothèque légale.*

1164. *Si le père est d'une inconduite notoire les tribunaux peuvent l'en priver et choisir un tuteur au mineur.*

1165. *Elle n'appartient pas de plein droit au père naturel.—Les tribunaux la défèrent selon l'intérêt de l'enfant.*

1166. *Elle cesse par l'émancipation et à la dissolution du mariage.*

1167. *A qui appartient alors la tutelle ?*

1168. Quid *du cas du divorce ou de la séparation de corps ?*

1169. *A qui appartient la tutelle des enfants naturels ?—Elle est dative ; mais controverse.*

1170. *Au défaut du père la tutelle légale appartient à la mère.*
1171. *Mais le père peut lui nommer un conseil pour l'aider dans son administration.*
1172. *L'inconduite ou l'incapacité de la mère la fait priver de la tutelle légitime.*
1173. *Même règle pour le père.*
1174. *De même l'interdiction judiciaire, civile ou légale.*
1175. *Un étranger ne peut être tuteur.*
1176. *Le mineur peut être tuteur légitime.*
1177. *L'enfant émancipé par sa puberté, mais encore mineur au moment du Code, est-il tombé sous la tutelle de sa mère et perd-il la jouissance de ses biens?*—Quid *s'il avait alors un tuteur étranger?*
1178. *Le père peut-il refuser la tutelle légale?*
1179. *La mère le peut.— Motifs.*
1180. *Après l'avoir acceptée peut-elle y renoncer?*
1181. *Le refus ou la démission de la tutelle privent-ils le père ou la mère de l'usufruit légal?*
1182. *Ne doit-il pas en être distrait une partie pour les enfants?*
1183. *Du conseil de tutelle nommé par le père à la mère survivante.*
1184. *Des droits et des fonctions de ce conseil.*
1185. *Ce conseil est-il responsable de ce qu'il autorise ou de ce qu'il empêche?*
1186. *Il ne dispense pas la mère de recourir au conseil de famille dans les cas prévus par la loi.*
1187. *De la forme de la nomination du conseil spécial.*
1188. *Si au décès du mari la femme est enceinte on doit nommer un curateur au ventre.*
1189. *Droits, fonctions et administration provisoire de ce curateur.*
1190. *Il doit surveiller la naissance de l'enfant, s'assurer de son identité et la soutenir ou la contester devant les tribunaux.*
1191. *Si l'enfant naît viable la mère est tutrice et le curateur est subrogé-tuteur de plein droit.*
1192. *Du second mariage de la mère tutrice, de ce qui lui est prescrit préalablement, et de la peine de sa négligence.*
1193. *Ancien droit sur ce point.*
1194. *Motifs qui ont dicté la règle et qui ne l'ont pas fait appliquer au père.*
1195. *Si la mère, avant son second mariage, ne se fait pas maintenir dans la tutelle, les actes qu'elle fait sont-ils nuls?— Deux systèmes opposés.*

1196. *Ils ne le sont que s'ils blessent les intérêts des enfants. — Système intermédiaire.*

1197. Quid *de la mère naturelle?*

1198. *La mère peut-elle après son convol être renommée tutrice?*

1199. *S'il n'y a pas eu de convocation préalable du conseil de famille, le second mari est solidairement responsable des suites de la tutelle, et peut être condamné par corps.*

1200. *La responsabilité s'étend même à la gestion antérieure; et il y a hypothèque légale sur les biens du second mari comme sur ceux de la mère.*

1201. *Si la tutelle est conservée, le second mari comme cotuteur ne répond que de la gestion postérieure au mariage.*

1202. *Dans ce cas, le conseil de famille règle les conditions de la tutelle qui est alors dative.*

Art. 389. 1162. « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ces enfants mineurs.

» Il est comptable quant à la propriété et aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. »

Cet article n'était pas dans le projet. Il a été ajouté sur la proposition de la Section du Tribunat.

Cette Section fit observer que l'on devait énoncer dans un premier article du chapitre de la tutelle quelle était, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfants mineurs, soit pour ce qui concernait la propriété de ces biens seulement s'il avait droit à la jouissance, soit pour ce qui concernait la jouissance et la propriété si l'une et l'autre appartenaient à ses enfants.

« Jamais jusqu'à ce jour, ajoutait la Section, le père ne » fut qualifié de tuteur de ses enfants avant la dissolution » du mariage. Si pendant que le mariage existe la loi n'ad- » mettait aucune différence entre le père et le tuteur pro- » prement dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux » biens personnels de ses enfants, assujetti durant le ma- » riage à toutes les conditions et charges que la loi impose

» au tuteur ; il faudrait que le père fût sous la surveillance
» d'un subrogé-tuteur, sous la dépendance d'un conseil de
» famille, etc., ce qui répugne à tous les principes cons-
» tamment reçus.

» Il paraît que jusqu'à la dissolution du mariage, le vé-
» ritable titre du père, et le seul qu'il puisse avoir dans
» l'hypothèse dont il est ici question, est le titre d'admi-
» nistrateur (1). »

De ces observations, sur lesquelles est fondée la disposition de l'art. 389, il résulte que l'administration du père pendant le mariage ne peut pas être considérée comme une tutelle, et que ce n'est qu'à la dissolution du mariage que commence réellement la tutelle des enfants, même celle exercée par le père.

C'est aussi dans ce sens que s'est exprimé M. Berlier dans l'exposé des motifs de la loi :

« Tout mineur, dit-il, n'est pas nécessairement en tu-
» telle ; celui dont les père et mère sont vivants trouve en
» eux des protecteurs naturels ; et s'il a quelques biens
» personnels l'administration en appartient à son père.

» La tutelle commence au décès du père ou de la mère.
» Car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le
» mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la
» loi (2). »

Ces idées ont été consacrées par le texte de l'art. 390 qui ne parle de tutelle que pour le temps postérieur à la dissolution du mariage, et qui dit qu'alors elle appartient de plein droit au survivant des père et mère.

1163. C'est d'après ces principes qu'un arrêt de la Cour cassation, du 3 décembre 1821 a décidé que l'enfant mineur, placé durant le mariage sous l'administration de son père, n'avait pas d'hypothèque légale sur les immeubles de celui-ci, « parce que cette hypothèque, indépendante de

(1) Législation civile de Locré, t. 7, comment. 5, n° 2.
(2) Législation civile, t. 7, comment. 7, n 3.

» toute inscription, est une mesure spéciale qui ne peut
» être étendue au delà des cas pour lesquels cette espèce
» d'hypothèque a été établie ; Que d'après les art. 2121 et
» 2135 du Code civil, c'est sur les biens de leurs tuteurs
» du jour de l'acceptation de la tutelle, que les mineurs
» ont une hypothèque existante indépendamment de toute
» inscription ;

» Que le père, qui suivant l'art. 389 du même Code
» est durant le mariage administrateur des biens person-
» nels de ses enfants mineurs, n'est pas leur tuteur ;

» Que l'art. 390 porte que la tutelle n'a lieu qu'après la
» dissolution du mariage, et qu'alors elle appartient de
» plein droit au survivant des époux, etc. (1). »

Cette décision est exacte en doctrine ; mais elle est peu équitable en application. Elle a été commandée, il est vrai, par le silence du texte des art. 2121 et 2135 du Code civil; texte qui est moins général que le droit ancien et même que la législation du 11 brumaire an 7, articles 4 et 17, sous laquelle l'hypothèque légale et tacite appartenait aux mineurs sur les biens de tout administrateur légitime de leurs propriétés qu'ils fussent ou non qualifiés de tuteurs. On peut voir sur cette question ancienne la dissertation savante qui est rapportée dans l'arrêtiste Sirey aux pages citées.

Cette lacune de la législation nouvelle est déplorable. Elle laisse les enfants mineurs à la merci d'un père dissipateur, sans que la loi qui devrait les protéger et qui se déclare même hautement leur protectrice leur fournisse aucun moyen d'échapper à la spoliation et à la perte de leur fortune mobilière si cette fortune leur écheoit pendant le mariage.

(1) Journal de Sirey, t. 22. 1. 80-94 ; et Journal de Denevers, t. 20. 1. 62 ; voir aussi sur cette question une dissertation dans le Journal de Sirey, t. 20. 1. 366.

Espérons que, si le Code hypothécaire est revisé comme on l'annonce, cette omission funeste sera réparée.

Les dispositions de l'art. 389 du Code civil, expliquées ou interprétées par les discours qui les ont préparées, signalent la différence qu'il y a entre l'administration déférée au père pendant le mariage sur la personne et sur les biens de ses enfants, et la tutelle proprement dite dont il est traité dans les articles suivants.

Cette administration est moins une tutelle qu'un des effets de la puissance paternelle.

Aussi n'est-il pas nommé de subrogé-tuteur au mineur.

Aussi le père administrateur n'est-il pas soumis comme le père tuteur à la surveillance d'un conseil de famille.

1164. Cependant si le père compromet les intérêts du mineur par une mauvaise administration, s'il est d'une inconduite notoire, s'il a été condamné à une peine afflictive ou infamante, s'il est interdit ou absent, dans ces divers cas l'on doit, il semble, appliquer par analogie au père administrateur les règles sur la destitution ou l'exclusion des tuteurs; et un autre administrateur ou tuteur provisoire doit être nommé aux enfants sinon pour avoir soin de leurs personnes, car ce soin doit appartenir à la mère, au moins pour gérer leurs biens. C'est aux tribunaux à choisir cet administrateur, et c'est en général, sur la mère que le choix doit se fixer.

1165. L'administration légale conférée par l'art. 389 n'appartient pas de plein droit au père naturel. Ce droit, qui est une émanation de la puissance paternelle, n'appartient comme l'usufruit légal autre effet de cette puissance, qu'au père légitime; et la garde ou l'administration de la personne et des biens des enfants naturels peut être confiée par les tribunaux à la mère naturelle ou a toute autre personne, suivant les intérêts de ces enfants, cet intérêt devant être le seul guide des magistrats protecteurs naturels des mi-

d'étendre à des cas non prévus le privilége qu'elle accorde aux pères et mères des enfants nés du mariage. C'est aux règles générales sur les tutelles datives qu'il faut recourir pour le choix du tuteur de l'enfant naturel ou adoptif.

Plusieurs arrêts ont cependant jugé que la tutelle légale de l'enfant naturel appartenait de plein droit au père ou à la mère qui l'avait reconnu. C'est ce qu'ont jugé notamment un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 4 février 1811; un arrêt de la Cour de Toulouse, du 1er septembre 1809; un arrêt de la Cour de Colmar, du 21 mars 1813; un arrêt de la Cour de Grenoble, du 21 juillet 1836.

Des auteurs recommandables ont aussi adopté cette opinion (1).

Mais leurs raisons ne paraissent pas décisives; elles ne sont fondées sur aucun texte de la loi; elles sont dictées par le sentiment et par des considérations plutôt que par la doctrine. Pour les faire admettre les auteurs cités sont obligés de pousser leur avis jusqu'à ses dernières conséquences; c'est-à-dire d'attribuer aux père et mère naturels la même puissance paternelle accordée par la loi aux père et mère légitimes, ainsi que tous les droits qui en dérivent.

Mais ils n'ont pas fait attention que ces conséquences même prouvaient l'erreur de leur système; que relativement à la puissance paternelle le législateur l'avait limitée, à l'égard des père et mère naturels, au droit de correction (v. l'art. 383), droit qui était en quelque sorte attribué par la nature elle-même; qu'elle n'avait d'ailleurs, conféré aux père et mère naturels aucun des avantages qu'elle accorde aux père et mère légitimes; que ce n'était pas par oubli, par inattention, qu'elle avait gratifié ceux-ci sans rien concéder à ceux-là, puisque dans le même chapitre qui établissait le droit des uns elle avait limité celui des au-

(1) Loiseau, *des Enfants naturels*, p. 337; Delvincourt, t. 1, p. 425; Magnin, *des Tutelles*, t. 1er, p. 376, n° 505; Vazeilles, *du Mariage*, t. 2, n° 478 et suiv.

ıe les assimiler dans leurs avantages ce serait placer même ligne les unions illicites et les unions légitimes, erait par suite avilir le mariage qui est cependant si de protection et de respect; ce serait aussi créer ɔits, des priviléges en faveur des père et mère natu- xquels la loi n'a rien promis, auxquels elle ne doit et dont elle censure même la conduite immorale; it enfin priver les enfants naturels, qui seuls méritent ır faiblesse et leur malheur la sollicitude du législa- ce serait les priver arbitrairement des revenus de leurs lont s'empareraient les père et mère naturels, et peut ıssi de l'administration plus éclairée, plus soigneuse ıteur que leur choisirait le conseil de famille en con- ıt la tutelle comme dative.

observations sont graves, il semble, et ne permettent élargir le texte de la loi et d'étendre aux pères et naturels la tutelle de plein droit qu'elle confère seu- t aux pères et mères légitimes.

si nombre d'arrêts et beaucoup d'auteurs ont-ils em- cette dernière opinion.

peut citer un arrêt de la Cour de Toulouse, du 25 1809; un autre arrêt de la Cour de Paris, du 9 811; un autre de la Cour d'Amiens, du 23 juillet 1814; tre de la Cour de Grenoble, du 3 avril 1819; un autre Cour d'Agen, du 19 février 1830 (1).

mi les auteurs, on peut invoquer Favard de Langlade, toire, *verbo Tutelle*, § 1, n° 5; une dissertation de ıd de Villargues, insérée dans le Journal de Sirey, 2. 19; le Répertoire du notariat, *verbo Enfant naturel;* ndectes françaises sur l'article 390; Mazeyrat, *Ques-* ıur le Code civil, n° 447.

'ous ces arrêts sont rapportés dans le Journal de Sirey. On peut dernier au t. 32. 2. 58. On les trouve aussi dans le Journal de ers et de son continuateur Dalloz.

Dans le doute, au reste, il est plus sûr de s'en tenir aux règles générales, et de faire nommer à l'enfant naturel un tuteur par le conseil de famille qui pourra choisir le père ou la mère naturels si l'avantage de l'enfant l'exige.

1170. L'article 390 confère la tutelle légale à la mère qui a survécu au père.

Cette disposition, qui est conforme au dernier droit romain (1), a excité beaucoup de controverse dans le Conseil d'Etat.

On ne contestait pas à la mère survivante le droit de gouverner la personne de ses enfants mineurs, mais seulement la faculté indéfinie d'administrer leurs biens.

On reconnaissait que les femmes étaient très-capables de soigner l'éducation de leurs enfants; qu'il était donc juste de la leur laisser; qu'il l'était également d'exiger que les enfants ne pussent se marier sans le consentement de leur mère.

Mais on soutenait que beaucoup de femmes n'avaient ni assez de connaissances ni assez de caractère pour bien administrer une famille.

On faisait observer que dans tous les temps l'administration des tutrices avait fait naître beaucoup de procès, et que l'inconvénient serait bien plus grand aujourd'hui que les mœurs avaient perdu de leur gravité.

Il ne s'agissait cependant pas de déclarer la mère incapable de gérer la tutelle; mais on ne croyait pas prudent de la lui déférer de plein droit.

On proposait, en conséquence, de ne déférer la tutelle à la mère survivante que quand elle en serait jugée capable, et de constituer la famille ou le père juge de sa capacité.

On insistait cependant pour faire accorder le droit d'exclusion à la famille, mais beaucoup plus pour le donner au père qui pouvait mieux qu'un autre juger si elle était bien capable de gérer la tutelle.

(1) Authent. *Matri et avice*, Cod. *qu. mul. fut.*

Et pour ne pas flétrir la mère, on demandait que le droit d'exclusion ne fût exercé qu'implicitement par la nomination que ferait le père d'un autre tuteur.

Dans le système contraire on refutait d'abord les considérations sur lesquelles était fondée l'exclusion des mères. On soutenait que beaucoup de femmes étaient très-capables d'administrer un patrimoine ; que, d'ailleurs, elles se méfiaient de leurs lumières et recouraient aux conseils d'hommes sages ; qu'ayant la jouissance légale des biens de leurs enfants elles administraient, en quelque sorte, leur propre chose ; que les tutelles des mères engendraient peu de procès autrefois même quoique la majorité se prolongeât jusqu'à vingt-cinq ans ; qu'il y avait moins d'inconvénient encore aujourd'hui que la majorité était fixée à 21 ans ; que la mère trouverait, au reste, dans le conseil de famille un secours nécessaire et forcé.

On ajoutait que la priver de l'administration des biens et l'exclure de la tutelle, c'était la rendre étrangère à ses enfants, et diminuer dans ceux-ci le respect qu'ils lui doivent; que c'était aussi la placer sous la dépendance du tuteur pour les dépenses de l'éducation.

1171. Une troisième proposition concilia les deux systèmes; ce fut, en laissant passer la tutelle de plein droit et indistinctement à la mère survivante, d'autoriser le père à lui nommer un conseil sans l'avis duquel elle ne pourrait gérer. Cette proposition fut convertie en règle par l'article 391.

Mais avant de nous fixer sur cet article, continuons l'examen des questions qui naissent de l'article 390.

Cet article déclarant que la tutelle appartient de plein droit à la mère survivante, celle-ci ne peut en être privée contre son gré ni par le père ni par le conseil de famille, à moins qu'on ne puisse lui appliquer une des causes d'exclusion communes à tous les tuteurs. (Voir les articles 442 et suivants du Code civil.)

1172. Une inconduite notoire serait une de ces causes;

L'incapacité absolue en serait une autre.

Ces deux causes sont signalées dans l'article 444 du Code civil ; et il y aurait d'autant moins à hésiter à en faire l'application à la mère tutrice que dans les discussions qui ont préparé l'article 390, ceux-là mêmes qui étaient les plus favorables à la femme consentaient à ce que « si par son in» conduite ou son incapacité elle mettait les capitaux même » en péril, la famille pût ou l'écarter de la tutelle ou la lui » retirer (1). »

1173. Au reste, l'inconduite notoire ou l'incapacité sont des causes d'exclusion ou de destitution même pour les pères. (Arrêt de la Cour de Paris, du 29 août 1825 ; autre de la Cour de Toulouse, du 18 mai 1832 (2).

L'arrêt de Paris conserve au père l'administration de la personne de ses enfants mineurs. Il ne le prive que de l'administration des biens.

Un autre arrêt de la Cour de Toulouse, du 25 novembre 1830, a prononcé la destitution de la tutelle contre un père qui négligeait l'éducation de ses enfants au point de compromettre les mœurs de sa fille.

1174. L'interdiction judiciairement prononcée est une preuve légale d'incapacité. Elle doit donc donner lieu à la privation de la tutelle.

L'état de faillite du père, la séparation de biens prononcée contre lui sont aussi des causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle légale, comme caractérisant l'incapacité ou la mauvaise conduite du tuteur. (Arrêt de la Cour de Dijon, du 28 prairial an 12.)

La condamnation à une peine afflictive ou infamante produit le même effet. L'article 443 du Code le dit expressément. C'est une nécessité, d'ailleurs, puisque le condamné est, durant sa peine, en état d'interdiction légale. (V. l'article 29 du Code pénal.)

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 390, 3e subdivision, n° 3, *in fine*.
(2) Sirey, 26. 2. 44 ; et 32. 2. 470.

Dans ces divers cas, la destitution ou l'exclusion de la tutelle entraînent, en général, la privation de l'usufruit légal. Mais le père ou la mère exclus ou destitués doivent obtenir s'il en ont besoin, ne fût ce qu'à titre d'aliments, une partie des revenus qui leur appartenaient précédemment.

Si les causes qui ont donné lieu à l'exclusion ou à la destitution viennent à cesser, si par exemple l'interdiction civile ou légale est effacée soit par un jugement, soit par l'expiration de la peine, l'interdit qui a recouvré l'exercice de ses droits civils peut être nommé tuteur par le conseil de famille. Mais il ne recouvre pas la tutelle de plein droit, et le conseil de famille peut, suivant les circonstances, la lui refuser.

En recouvrant la tutelle, le père ou la mère réintégrés dans cette fonction, recouvrent aussi tous les droits attachés à la puissance paternelle.

Rappelons ici que toutes les fois qu'il y a lieu à l'exclusion ou à la destitution d'un tuteur légal comme à celle de tout autre tuteur, c'est au conseil de famille à la prononcer, et que la délibération de ce conseil devra être motivée. Elle ne pourra aussi être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur. (Code civil, art. 446 et 447.)

1175. La tutelle est un droit civil qui n'appartient pas à un étranger, sauf les exceptions que peuvent porter les traités particuliers faits avec la nation à laquelle cet étranger appartient. (V. les articles 11 et 25 du Code civil.)

Par la même raison, le Français qui perd cette qualité ne doit ni obtenir ni conserver la tutelle.

1176. La minorité des père et mère ne s'oppose pas à ce qu'ils soient tuteurs de leurs enfants. L'article 442 les déclare formellement mandataires légaux de ses enfants; le père tuteur, quoique mineur lui-même, peut agir et traiter pour ses pupilles sans être assisté d'un curateur. (Argument de l'article 1990 du Code civil.)

L'art. 390 présente, en le comparant au droit antérieur,

des différences qui ont donné lieu à des questions transitoires.

1177. Si le mineur non émancipé était pourvu d'un tuteur au moment de l'émission du Code civil, sa mère alors vivante a-t-elle pu réclamer la tutelle? Et a-t-elle dû, en vertu de la puissance paternelle que lui refusait la loi ancienne, que lui conférait la loi nouvelle, obtenir la jouissance des revenus du mineur auquel ils appartenaient auparavant?

Le mineur pubère sous l'ancienne législation et émancipé alors de plein droit, est-il, à la publication du Code civil, tombé sous la puissance paternelle, et l'usufruit de ses biens a-t-il dès ce moment appartenu à sa mère survivante?

Ces questions, qui sont aujourd'hui devenues plutôt de doctrine que d'application, qui peuvent cependant se présenter pour quelque ancien litige, avaient produit dans le principe trois opinions différentes :

L'une absolue qui attribuait à la mère et la tutelle et la puissance paternelle et l'usufruit légal;

L'autre aussi absolue, qui, lui refusant tout, maintenait les choses dans leur précédent état;

La troisième intermédiaire, qui préférait la mère à un tuteur étranger ou moins proche et plaçait l'enfant sous son administration, si à la publication du Code il était sous l'administration d'autrui et seulement dans ce cas, mais qui conservait à l'enfant la propriété de ses revenus.

La difficulté de ces opinions diverses roulait sur la distinction et sur les effets des statuts personnels et des statuts réels, les premiers devant saisir les personnes et régler leur état, modifier par conséquent, cet état, dès qu'ils sont publiés, et ces statuts pouvant être changés par le législateur sans que leur application immédiate pût exciter le reproche de rétroactivité.

Les seconds réels, applicables seulement aux biens, étant de leur nature fixes quant aux effets par eux produits, s'ap-

pliquant, dès le moment où ils ont opéré, à l'avenir comme au présent, et ne permettant pas d'enlever à un mineur, à l'aide d'une législation nouvelle, son droit à des revenus qui lui avaient été acquis pour toujours sous la législation ancienne.

Des arrêts, en sens contraire, ont été rendus sur ces questions par des Cours royales.

Cependant un arrêt de la Cour de cassation, fondé par le principe de la non rétroactivité des lois nouvelles, a décidé que l'enfant émancipé par son âge de puberté, sous les anciens principes, avait dû être maintenu dans son état de liberté et d'indépendance soit pour sa personne soit pour ses biens, quoiqu'il fût encore mineur au moment de l'émission du Code, et que la puissance paternelle attribuée à la mère par la loi nouvelle n'avait pu l'atteindre ni dans sa personne ni dans ses biens.

Cet arrêt, qui est du 6 avril 1808 et qui casse une décision contraire de la Cour de Nîmes, est conforme à la saine doctrine, et doit, il semble, servir de guide dans la solution des questions que nous avons ci-dessus posées. Seulement, et cela ne serait pas en opposition avec l'arrêt de cassation, on peut penser que l'enfant, qui était encore sous la tutelle lors de la publication du Code civil, a dû changer de tuteur alors et être placé sous la tutelle légale de sa mère, mais sans perdre le droit qui lui était acquis aux revenus même futurs de ses biens.

Nous ne prolongerons pas cette discussion qui serait aujourd'hui superflue. Ceux qui désireraient en connaître les arguments opposés les trouveront, ainsi que la notice de plusieurs arrêts, dans dans le Recueil de l'arrêtiste Denevers, t. 4, 2me partie, pag. 86 et suiv. Le même recueil rapporte l'arrêt de cassation au tome 6, 1re partie, page 172.

1178. La tutelle est une charge publique. Le père moins que tout autre peut refuser celle que la loi lui confie et que la nature lui impose.

Cependant s'il avait de puissants motifs d'excuse, tels que l'âge, les infirmités, les emplois publics, des voyages longs et indispensables, un autre tuteur pourrait être nommé de son consentement par le conseil de famille. C'est ce qu'a jugé la Cour de Riom dans une espèce où les infirmités physiques du père l'obligèrent, quoiqu'il ne fût pas dans un des cas d'exclusion ou d'incapacité prévus par la loi, de demander au conseil de famille la nomination d'un autre tuteur.

Si le père tuteur légal est menacé de destitution par une dénonciation faite devant le conseil de famille, il peut, pour en prévenir les suites humiliantes, donner sa démission, et ses fonctions doivent alors être confiées à un autre par le conseil de famille. (Arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1835, rapporté dans le Recueil de Dalloz jeune, t. 35. 1. 170.)

1179. La mère, au contraire, peut refuser la tutelle légale, mais elle doit en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un autre tuteur. C'est ce que déclare l'article 394 du Code civil.

Art. 394. « La mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle; néanmoins, » et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs » jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur. »

La tutelle n'est déférée à la mère que par honneur. Si elle trouve cette charge au-dessus de ses forces on ne l'oblige pas de l'accepter, comme y sont tenus en général tous autres tuteurs qui ne peuvent présenter l'une des excuses énoncées dans la sect. 6 du chap. des minorités et des tutelles.

Cette modification a été adoptée au Conseil d'Etat comme un correctif de la disposition qui défère de plein droit la tutelle à la mère. Craignant en elle la faiblesse du sexe on hésitait à la déclarer tutrice de plein droit. Il ne fallait donc pas lui imposer ce fardeau lorsqu'elle-même se reconnaîtrait incapable de le porter (1).

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 394.

L'article ne fixe pas le délai dans lequel la mère devra s'expliquer. Ainsi, tant qu'elle n'a pas pris dans un acte la qualité de tutrice ou qu'elle n'a pas annoncé son intention de l'accepter par des faits patents et non équivoques, on peut considérer son administration comme n'ayant été que provisoire, et il lui est encore loisible de refuser la tutelle.

1180. Mais si elle a agi comme tutrice définitive, si elle a surtout pris cette qualité sans se faire des réserves expresses qui indiquassent qu'elle n'entendait administrer que provisoirement, elle est réputée avoir accepté la charge, et elle ne peut plus y renoncer ou s'en démettre, si ce n'est du consentement du conseil de famille et en lui faisant agréer ses excuses en connaissance de cause.

Quelques personnes pensent même que la mère qui a accepté la tutelle ne peut pas s'en démettre si elle n'a pas de motifs légitimes *survenus depuis. Quæ suscipere voluntatis suscepta perficere necessitatis.*

Cette opinion qui est celle de Mazeyrat, n° 451, est trop rigoureuse. La mère a pu croire que ses forces et sa capacité lui suffiraient pour administrer. Si à l'épreuve elle reconnaît son erreur, pourquoi n'accepterait-on pas sa démission et la forcerait-on de continuer une administration imparfaite qui pourrait nuire à ses enfants? C'est surtout l'intérêt de ceux-ci que l'on doit consulter, et c'est au conseil de famille à examiner si cet intérêt commande l'acceptation de la démission de la tutelle légale.

Aussi plusieurs auteurs pensent-ils que la mère pouvait se démettre de la tutelle qu'elle avait acceptée; et la Cour de Paris l'a jugé en principe pour le cas où des circonstances particulières empêchaient la mère de remplir les devoirs de tutrice. L'arrêt est du 24 juillet 1835. Il a été rendu en faveur de la duchesse de Berry (1).

(1) Le voir dans le Recueil de Sirey, t. 35. 2. 405; et dans celui de Dalloz, t. 35. 2. 156. V. aussi Duranton, t. 3, n° 423; Boileux, commentaire du Code Civil sur l'art. 394; Magnin, *des Minorités*, n° 434.

1181. La mère qui refuse la tutelle ou qui s'en démet, et le père qui par des motifs légitimes en obtient la décharge, ne perdent cependant pas leur puissance paternelle ni l'usufruit légal des biens de leurs enfants. Aucune disposition législative ne les en prive, et l'on ne peut leur appliquer une peine que la loi ne prononce pas. On lit dans les procès-verbaux du Conseil d'Etat sur le Code civil que la Cour d'Amiens avait proposé de faire perdre à la mère qui refusait la tutelle l'usufruit des biens de ses enfants mineurs. Mais la proposition ne fut pas admise, parce que l'on pensa, que pour laisser la mère se juger avec impartialité, il était nécessaire que le refus de la tutelle ne lui coutât aucun sacrifice.

Ce motif est sage. Il s'applique à la mère qui se démet parce qu'elle reconnait son insuffisance comme à la mère qui refuse. Il s'applique même au père que ses infirmités ou d'autres causes légitimes obligent de se faire décharger de la tutelle. Ce motif et le silence de la loi sur la déchéance des droits de la puissance paternelle et de l'usufruit légal qui s'y rattache, ne permettent pas d'en priver le père ou la mère qui pour des causes justes renoncent à la tutelle.

Il n'en est pas de ce cas comme de celui de la destitution que provoquent l'inconduite et les fautes du tuteur légal, et qui doit ou peut être punie suivant les circonstances de la privation de l'usufruit.

1182. Mais si cet usufruit est maintenu dans les cas ci-dessus prévus, il doit être modifié en ce sens que partie au moins en doit être distraite pour fournir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des enfants, à moins que le père ou la mère ne continuent d'en rester chargés.

1183. Nous avons dit que le Conseil d'Etat avait hésité à déférer de plein droit à la mère la tutelle de ses enfants et que les opinions contraires furent conciliées par un tempérament que l'on adopta.

Ce tempérament est consigné dans l'article 391 du Code :

« Pourra néanmoins le père nommer à la mère sur- Art. 301.
» vivante et tutrice, un conseil spécial sans l'avis duquel
» elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle.

» Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera
» nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son
» assistance. »

Le conseil que l'article autorise à nommer peut être composé d'une seule ou de plusieurs personnes.

1184. Il est donné à la mère pour éclairer son inexpérience et pour guider sa faiblesse. Mais il n'a pas un pouvoir d'action. Il ne peut provoquer aucun acte; il n'a qu'un pouvoir d'opposition pour empêcher la mère de faire des actes imprudents et nuisibles aux mineurs, sans avoir cependant qualité, même avec le concours du subrogé-tuteur, pour plaider contre la tutrice dans l'intérêt des mineurs. (Arrêt de la Cour de Douai, du 17 janvier 1821.)

D'ailleurs, aucune administration ne lui est confiée. Car il n'est pas permis au père de priver la mère d'une partie de la gestion de la tutelle pour la transférer à un autre. (Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 21 mai 1806 (1).

Ce conseil spécial n'a pas aussi d'inspection sur la personne du mineur, sur les soins qu'en a la mère tutrice, sur l'éducation qu'il reçoit. Ces soins, cette éducation concernent la mère tutrice exclusivement. C'est même moins en vertu de la tutelle que la mère gouverne la personne de l'enfant qu'en vertu de la puissance paternelle, puissance qui appartient à la mère après la mort de son mari, et dont il n'est pas permis à ce dernier de restreindre l'exercice (2). Si la mère en abuse ce n'est pas au conseil spécial à réclamer; c'est au conseil de famille ou au ministère public à provoquer la privation totale ou partielle de ce pouvoir dont elle s'est rendue indigne.

(1) V. le précédent arrêt et celui-ci dans le Recueil de Sirey, t. 21. 2. 217; et t. 6. 2. 301.

(2) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 391.

Le conseil spécial n'a à s'immiscer que dans les actes relatifs aux biens, et encore par de simples avis, ou par une opposition si ces actes sont au nombre de ceux spécifiés dans sa nomination.

1185. Mais sera-t-il responsable envers le mineur, s'il autorise un acte nuisible aux intérêts du mineur ou s'il empêche une opération avantageuse?

Les auteurs des Pandectes croient à cette responsabilité. Ils s'appuient sur la loi 46 ff. *de administ. tut.*, et assimilent le conseil spécial à un cotuteur.

Mais la similitude n'est pas exacte. Un cotuteur administre personnellement, ce qui n'est pas permis au conseil spécial. La responsabilité de ce conseil nous paraît fort douteuse; les bases même des dommages et intérêts seraient fort difficiles à saisir; et si en théorie, en invoquant l'article 1382, on peut appliquer au conseil spécial le principe qui veut que celui qui par son fait a causé un dommage soit tenu de le réparer, il serait bien rigoureux de condamner un conseil spécial qui, par erreur mais de bonne foi, aurait autorisé un acte de la mère, ou se serait opposé à l'exécution d'un projet. *Consilii non fraudulenti nulla obligatio est.* (L. 47, ff. *de div. reg. jur.*) La mère pouvait ne pas agir quoiqu'elle y fût autorisée par le conseil spécial, et dans le cas d'une opposition elle pouvait se pourvoir devant les tribunaux.

Mais s'il y avait eu dol ou fraude dans l'avis ou l'opposition, le conseil spécial serait responsable des suites.

1186. Au reste, l'assistance de ce conseil spécial ne dispense pas la mère de recourir à l'autorisation du conseil de famille pour tous les actes importants, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'emprunter pour le mineur, et d'aliéner ou d'hypothéquer ses biens. (Voir l'article 457 du Code civil.)

1187. Les formes de la nomination du conseil spécial sont tracées dans l'article 392.

Art. 392. « Cette nomination de conseil ne pourra être faite que » de l'une des manières suivantes :

» 1° Par acte de dernière volonté ;

» 2° Par une déclaration faite devant le juge de paix » assisté de son greffier, ou devant notaires. »

Ces formes sont simples. Un simple acte devant le juge de paix ou devant notaires suffit, si cette forme a été choisie par le père.

Le juge de paix dont parle l'article est celui du domicile du père. C'est ce qu'indique l'article indéfini *le*, employé dans la rédaction, et ce que prouve, d'ailleurs, le refus d'admettre celle proposée par le Tribunat qui demandait que la nomination pût être faite devant un *juge de paix*, en termes généraux, et par conséquent quel qu'il fût. (V. l'Esprit du Code sur l'article 398.)

Un testament olographe est aussi efficace qu'un testament public pour la nomination du conseil spécial.

Mais si la forme du testament a été prise, et que le testament soit nul, la nomination est nulle aussi parce qu'un acte irrégulier en sa forme ne peut produire d'effet dans aucune de ses dispositions.

Quel qu'ait été, au reste, le mode de la nomination du conseil spécial, le père peut la révoquer par un simple acte notarié exprimant son changement de volonté.

Un simple acte suffirait même pour révoquer une nomination faite par testament (Code civil, art. 1035); à plus forte raison devrait-il suffire pour une nomination moins solennelle.

1188. A la dissolution du mariage par le décès du mari il peut se présenter un cas qui laisse de l'incertitude sur tout ou partie de sa succession.

La femme peut être enceinte, et si le fait est reconnu, des précautions doivent être prises pour assurer à l'enfant une hérédité à laquelle il aura des droits, pourvu qu'il naisse viable. (Art. 725 du Code civil.)

Mais jusqu'à sa naissance ses droits et ceux des autres successibles du défunt sont en suspens. S'il vient mort-né

il ne change pas l'ordre de succéder qui existait au décès du mari. S'il naît viable, au contraire, il détruit cet ordre ou le modifie.

De là, l'utilité de nommer un agent pour veiller à l'événement et aux droits de tous.

Cette utilité avait été reconnue sous le droit ancien, et les héritiers du mari étaient admis, dans leur intérêt, à faire nommer un surveillant qui était connu sous le nom de *curateur au ventre*.

Nos nouveaux législateurs ont sagement fait d'établir en règle et comme nécessité, ce qui autrefois n'était que d'usage et souvent négligé.

L'article 393 du Code civil y a pourvu :

Art. 393. « Si lors du décès du mari la femme est enceinte, il sera » nommé un curateur au ventre par le conseil de famille.

» A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, » et le curateur en sera de plein droit le subrogé-tuteur. »

La Commission du Conseil d'Etat et la Section du Tribunat avaient proposé d'appeler cet agent *curateur à l'enfant à naître*.

Mais on fit observer que l'expression *curateur au ventre*, était en usage dans la langue du droit ; qu'elle était plus laconique ; qu'elle désignait même mieux les fonctions du curateur qui n'était pas établi pour l'intérêt seul de l'enfant mais pour celui de toutes les personnes qui pourraient avoir droit à la succession, et qui était aussi chargé d'empêcher la supposition d'enfant (1).

1189. Les fonctions du curateur au ventre sont indiquées par son titre même :

1° Il doit veiller à la conservation de la succession jusqu'au moment qui fera connaître les vrais héritiers ;

2° Il doit être attentif à faire constater l'identité du posthume et sa viabilité.

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 393.

La première partie de ses fonctions l'autorise à faire tous les actes propres à conserver la succession dont le propriétaire est encore incertain.

Ainsi il pourra faire les oppositions exigées par les circonstances, et les actes interruptifs de la prescription.

Tous autres actes d'administration qui seraient indispensables lui sont aussi confiés : tels que la culture des biens ; le recouvrement des revenus et même des capitaux s'il y avait des craintes pour l'insolvabilité des débiteurs ; le payement des dettes exigibles pour éviter les frais de poursuite contre la succession. Il est chargé, en un mot, d'une administration provisoire et de tous les actes urgents que prescrit la conservation des biens.

Mais comme ses fonctions ne sont que temporaires, que leur durée peut se réduire à quelques mois, et qu'il doit bientôt être remplacé ou par le tuteur de l'enfant s'il naît viable ou par les autres successibles s'il ne vit pas, il ne doit pas passer des baux qui pourraient lier les héritiers ni faire les actes susceptibles d'être différés sans préjudice pour la succession.

1190. La seconde partie de la mission du *curateur* au ventre consiste à surveiller la naissance de l'enfant, à s'assurer qu'il naît avec toutes les conditions de viabilité, à se rendre certain de l'identité de l'enfant qu'on lui présente avec le posthume qui était annoncé, à contester devant les tribunaux cette identité si elle lui paraît fausse, à prendre, en un mot, toutes les précautions que la prudence lui commande pour que l'hérédité passe réellement à ceux auxquels, par l'événement, elle doit appartenir.

Ces observations que nous avons empruntées de l'Esprit du Code Napoléon, par Locré, nous paraissent contenir la vraie théorie de la nature des fonctions du curateur au ventre et des droits attachés à ces fonctions.

Nous ajouterons que le curateur doit faire faire ou veiller à ce qu'il soit fait en sa présence un inventaire estimatif et détaillé des valeurs mobilières de l'hérédité.

Quant aux actes d'administration, ils seront surtout nécessaires de sa part s'il n'existe pas de successible qui seraient au même degré que le posthume. S'il en existait et qu'ils administrassent eux-mêmes les biens de l'hérédité, le curateur n'aurait lui-même à exercer que des actes de surveillance et de conservation.

Un arrêt de la Cour d'Aix, du 19 mars 1807, a jugé que, pour qu'il y ait lieu à la nomination d'un curateur au ventre, il suffisait que la veuve déclarât être enceinte, et qu'elle n'était pas tenue de fournir la preuve de la vérité de cette allégation.

Cette décision est sage. Elle prévient des vérifications alarmantes pour la pudeur d'une jeune veuve, et qui n'offriraient peut-être aucune certitude si la grossesse était peu avancée. On doit adopter cette jurisprudence qui ne présente pas, d'ailleurs, de graves inconvénients, la vérité ne pouvant tarder à ne plus être douteuse, et qui commande seulement l'emploi de quelques mesures conservatoires mais temporaires.

On fera remarquer que le curateur est nommé par le conseil de famille dont le juge de paix est le président de droit. Le choix ainsi fait par un magistrat et par les parents les plus proches du défunt, qui sont ordinairement ses successibles, doit offrir toutes les garanties désirables.

1191. La loi y met tant de confiance qu'elle déclare qu'à la naissance de l'enfant, la mère devenant tutrice, le curateur est de plein droit le subrogé-tuteur.

1192. Nous avons dans le cours de cette subdivision signalé diverses causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle légale, et indiqué que ces causes s'appliquaient au père comme à la mère.

Il nous reste à en examiner une dernière qui est relative à la mère seule; elle est écrite dans l'art. 395 du Code civil :

Art. 395. « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant

» l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui dé-
» cidera si la tutelle doit lui être conservée.

» A défaut de cette convocation elle perdra la tutelle de
» plein droit et son nouveau mari sera solidairement res-
» ponsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura in-
» dûment conservée. »

1193. Cette disposition a été empruntée des lois romaines, et notamment de la novelle 22, chap. 40, d'où a été tirée l'authentique *eisdem pœnis*, Cod. *de secundis nuptiis*. Aux termes de ces lois la mère tutrice qui se remariait sans avoir fait nommer un autre tuteur à ses pupilles, sans leur avoir rendu compte de son administration et payé le reliquat s'il en était dû, non-seulement était déchue de la tutelle *ratione indignitatis potiùsquam incapacitatis*, mais encore elle était soumise aux mêmes peines que les femmes qui se remariaient dans l'an de deuil, c'est-à-dire qu'elle encourait la privation de son augment, des legs et des autres libéralités qu'elle avait reçues de son premier mari, et ce tant en propriété qu'en usufruit. Elle était même privée du droit de succéder à ses enfants du premier lit décédés en pupillarité. Il y a plus, on étendait cette privation à la succession des enfants du second lit.

Cependant la tutelle pouvait être déférée par le juge à la mère remariée, lorsque l'on y trouvait un avantage pour les enfants du premier lit. (V. sur ces principes les Institutions de Serres, liv. 1er, titre 15, qui rappellent ces règles du droit romain comme admises en France dans les pays de droit écrit et notamment dans le Parlement de Toulouse.

1194. La Commission du Code civil soumettait le père comme la mère qui voudraient se remarier, à faire assembler le conseil de famille pour décider s'ils devaient conserver la tutelle.

Seulement, suivant le projet, le père qui négligeait de remplir cette formalité, n'était privé que de la jouissance des

biens de ses enfants; il conservait la tutelle, tandis que la mère la perdait.

Au Conseil d'État on alla plus loin, on proposa, dans ce cas, de priver même le père de la tutelle.

On se fondait sur ce qu'un second mariage devait faire douter de l'affection de l'un comme de celle de l'autre.

Mais un second mariage n'est pas toujours l'effet de l'indifférence du père ou de la mère pour les enfants du premier lit. Quelquefois même l'intérêt de ces enfants le provoque.

Des considérations plus vraies et plus graves devaient déterminer une différence entre le père et la mère.

Le père qui se remarie est toujours le chef de famille, le maître des affaires. Il n'a besoin que de lui-même pour opérer le bien de ses enfants.

La mère, au contraire, passe sous la puissance de son second mari. Le consentement de celui-ci lui est nécessaire pour agir. Son influence, son autorité peuvent compromettre le sort et les intérêts des enfants.

La position n'étant pas la même, la règle ne devait pas être identique.

On se décida donc à maintenir la tutelle du père, sauf au conseil de famille à provoquer sa destitution si sa conduite prescrivait cette mesure.

Mais on pensa que la tutelle ne devait être conservée à la mère qu'autant que la convenance du second mariage, l'âge, la fortune, l'état du second mari, ses qualités morales inspiraient quelque sécurité pour le sort des enfants.

Le conseil de famille était le juge naturel de ces circonstances et l'appréciation lui en fut confiée (1).

Mais si la mère négligeait de remplir l'obligation qui lui était imposée, elle devait être soumise à une peine, et le second mari qui avait été le complice de sa négligence devait aussi la subir.

(1) Voir pour tout cela l'Esprit du Code civil sur l'art 375.

Tels furent les motifs qui dictèrent les deux dispositions du second paragraphe de l'article : l'une par laquelle la mère est privée de plein droit de la tutelle, l'autre qui veut que son second mari soit solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée.

1195. La première disposition rend-elle nulle tous les actes d'administration faits par la mère postérieurement à son second mariage?

Oui, selon un arrêt de la Cour de Nîmes du 19 prairial an 13.

Non, suivant des arrêts des Cours de Turin, de Limoges, de Metz, de Pau des 25 juin 1810, 17 juillet 1822 (1).

1196. Entre ces deux opinions on doit, il semble, en choisir une moins absolue et qu'indique l'intérêt des enfants qui doit toujours être principalement considéré.

Tout ce que la mère remariée aura fait dans cet intérêt devra être maintenu.

Tout ce qui leur causerait préjudice pourra être annulé.

Et cette distinction devra être appliquée aux actes judiciaires comme aux conventions.

Le premier système, s'il était admis dans toute son étendue, ferait tourner contre les enfants eux-mêmes une règle qui n'a été établie que pour eux et les punirait d'une négligence qui leur est étrangère.

Le second système appliqué aussi à tous les cas serait dangereux pour les enfants dont une mère, dépouillée de la qualité de tutrice, pourrait avoir compromis les droits, soit en ne les défendant pas, soit en les défendant mal. Il est donc juste d'autoriser les enfants à soutenir qu'ils n'ont pas été valablement représentés dans les jugements ou les autres actes dont ils auraient à se plaindre ; et les autres parties intéressées n'auraient rien à dire parce qu'elles devaient s'assurer de la qualité de la mère et de celle de son second mari.

(1) Voir ces arrêts dans le Receuil de Sirey, t. 12. 2. 417 ; 22. 2, 295; et dans celui de Denevers et de son continuateur, t. 9. 2. 34 ; 21. 2. 4.

Nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit. Si elles n'ont pas cherché à la connaître, c'est leur faute, et elles doivent subir les conséquences de leur imprudence.

Remarquons qu'il ne serait pas équitable de valider des actes nuisibles aux enfants, sous prétexte qu'ils ont une garantie solidaire contre leur mère et son second mari. Car cette garantie peut leur échapper par l'insolvabilité de la mère et du second mari. Ce n'est pas à eux qui n'ont pu veiller à leurs droits à en courir les chances. C'est à ceux qui ont traité, qui ont plaidé sans précaution avec de prétendus tuteurs sans qualité, à invoquer, ainsi qu'ils aviseront, la responsabilité des faits de ceux-ci.

Remarquons aussi que l'objection ne peut pas être retournée contre les enfants qui consentent à s'approprier certains actes émanés de leur mère et de son second mari après le convol, parce que l'art. 390 du Code, en parlant de la tutelle indûment conservée par la mère et des suites de cette tutelle, annonce suffisamment qu'elle doit toujours être considérée comme tutrice dans leur intérêt; que s'il n'y a plus de tutelle de droit il y a toujours une tutelle de fait qui n'est que la continuation de celle de droit, qui s'y rattache, qui ne fait avec elle qu'une seule et même tutelle et qui astreint la mère aux mêmes obligations et aux mêmes charges envers son enfant mineur;

Qu'ainsi son incapacité n'est que relative, et que, d'ailleurs, comme nous l'avons déjà dit, une disposition décrétée en faveur des enfants ne doit pas être interprétée et appliquée contre eux. (Argument de l'art. 1125 du Code civil) (1).

Un arrêt de la Cour de Paris, du 4 décembre 1807, dans la cause Suleau, et un autre arrêt de la même Cour, du 4 mars 1808, applique les dispositions de l'art. 393 au cas où

(1) V. sur cette question, Duranton, t. 2, 427.

le convol était antérieur au Code et à l'ouverture de la tutelle. Il s'agissait d'une femme divorcée qui avait contracté un nouveau mariage avant que la tutelle eût pu lui être déférée. On jugea qu'elle ne pouvait l'obtenir sans l'avis du conseil de famille. (Sirey, 7. 2. 240 ; et 8. 2. 124.)

1197. La convocation préalable du conseil de famille est aussi nécessaire à la mère naturelle qui se considère comme tutrice légale et qui veut se remarier. En invoquant en sa faveur les règles sur la tutelle légale des mères légitimes, elle doit aussi remplir les conditions prescrites à celles-ci. (Arrêt de la Cour de cassation, du 31 août 1815, S., t. 15. 1. 361.)

Dans l'ancien droit, en pays de droit écrit, la mère qui se remariait sans avoir fait nommer un autre tuteur à ses enfants du premier lit, encourait l'indignité et ne pouvait leur succéder. (C. cas., 14 fructidor an 13, S., 6. 1. 85; Denev., 4. 1. 35.)

Le Code n'a pas maintenu cette peine.

1198. La déchéance encourue par la mère qui se remarie avant d'avoir convoqué le conseil de famille pour décider si la tutelle lui sera conservée, n'emporte pas contre elle une incapacité absolue qui s'oppose à ce qu'après son second mariage le conseil de famille la nomme tutrice. C'est ce qu'ont décidé les Cours de Pau et de Metz, la première, par arrêt du 30 juillet 1807; la seconde, par arrêt du 20 avril 1820. (S., 12. 2. 378; et 21. 2. 339.)

Ces décisions sont protégées par les discussions qui avaient préparé la loi. La Commission voulait que la mère, qui avait négligé avant son convol de faire prononcer le conseil de famille, perdît sans retour la qualité de tutrice; mais la prohibition ne fut pas adoptée, et elle ne peut pas être suppléée, parce qu'elle n'est pas une conséquence directe de la règle écrite dans l'art. 395 (1).

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 395.

1199. Le défaut de convocation du conseil de famille privant la mère de la tutelle, si elle en continue l'exercice, elle est responsable de sa gestion jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

Le second mari en est lui-même responsable, parce qu'il devait exiger cette convocation, et que, d'ailleurs, la femme entrant sous sa puissance, il profite des avantages de l'administration qu'elle conserve, que même ordinairement c'est lui qui administre. L'article déclare cette responsabilité solidaire entre la mère et son second époux.

1200. Aux termes de l'art. 395, la responsabilité solidaire du mari s'étend à *toutes les suites de la tutelle indûment conservée*, c'est-à-dire soit à la gestion qui aurait eu lieu depuis le second mariage comme on s'était borné d'abord à l'énoncer dans la première rédaction, soit aussi à tous les faits antérieurs; en sorte que le second mari est personnellement tenu, non-seulement de la restitution des deniers perçus par la femme comme tutrice, mais encore du paiement des valeurs appartenant à la communauté qui avait existé entre la femme et le premier mari, et que celle-ci aurait voulu s'approprier exclusivement.

Le second mari en est tenu solidairement parce que la dette de la femme est une des suites de la tutelle.

Et il peut être condamné, même par corps, à la restitution et au paiement, parce qu'il s'agit de sommes dues pour compte de tutelle, et que l'art. 126 du Code de procédure autorise dans ce cas les tribunaux à prononcer la contrainte par corps contre les débiteurs.

La Cour de cassation a consacré cette doctrine, par arrêt du 12 août 1828 (1).

Et la Cour de Nîmes l'a appliquée depuis, par arrêt du 30 novembre 1831, qui décide que, si la mère tutrice convole à de secondes noces sans convoquer préalablement le con-

(1) Le voir dans le Recueil de Sirey, 29. 1. 42; et dans celui de Dalloz, 26. 1. 378.

seil de famille pour prononcer sur la conservation de la tutelle, la responsabilité du second mari s'étend à la gestion postérieure comme à la gestion antérieure au second mariage (1).

Telle est aussi l'opinion de Grenier, *Traité des hypothèques*, t. 1, n° 280.

Pour la garantie de ce qui leur est dû par leur mère et par son second mari responsable de toute la gestion de celle-ci, les enfants ont sur les biens de l'un et de l'autre une hypothèque légale dispensée de l'inscription. Car il s'agit de fait de tutelle et de sommes dues par une tutrice et sa caution solidaire que la loi considère comme son cotuteur. Les art. 2121 et 2135 du Code civil confèrent donc sur leurs biens immeubles une hypothèque légale aux mineurs. Tel est aussi le sentiment de Persil, *Régime hypothécaire*, art. 2131, n° 32; de Grenier, t. 1er, n° 280; de Troplong, *Commentaire des hypothèques*, t. 2, n° 426.

Duranton et Zacharie professent une opinion contraire, mais qui ne peut s'appuyer ni sur la loi, ni sur l'équité, ni sur la jurisprudence; plusieurs arrêts, au contraire, ont attribué aux enfants mineurs d'une femme qui avait convolé sans se conformer à l'art. 395, une hypothèque légale sur les biens des seconds maris de leur mère. C'est ce qu'ont jugé notamment un arrêt de la Cour de Nîmes, du 30 novembre 1831; un arrêt de la Cour de Colmar, du 26 novembre 1832; un arrêt de la Cour de Paris, du 28 décembre 1822; un arrêt de la Cour de Poitiers, du 28 décembre 1824 (2).

Le mineur a aussi et par la même raison hypothèque légale sur les biens de sa mère remariée avant d'avoir été

(1) Voir l'arrêt de Nîmes dans les mêmes Recueils. S. 32. 2. 137; et D., 32. 2. 1030.

(2) V. ces arrêts dans le Journal de Sirey, t. 32. 2. 130; t. 34. 2. 231; et dans celui de Dalloz, t. 22. 263; t. 25. 2. 94; t. 32. 2. 103; t. 34. 2. 90.

maintenue dans la tutelle ; il l'a pour la gestion postérieure au convol, quoique la tutelle alors soit seulement de fait et non de droit. Il l'a parce qu'il y a continuation de la tutelle de la part de la mère qui n'a pas été remplacée par un autre tuteur, et parce que celle-ci ne peut profiter de sa propre négligence à faire ce que la loi lui prescrivait. La Cour de cassation a décidé la question en thèse, par arrêt du 15 décembre 1825 (1).

Il y a même motif de décision semblable contre le second mari qui est lui-même cotuteur de fait.

1201. La convocation du conseil de famille, faite avant le convol, place le second mari dans une position moins dangereuse, quoique la tutelle soit conservée à la mère. C'est ce qui résulte de l'art. 396.

Art. 396. « Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, con-
» serve la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement
» pour cotuteur le second mari qui deviendra solidairement
» responsable avec sa femme de la gestion postérieure au
» mariage. »

Ainsi, dans le cas où la prescription de l'art. 395 est observée, le mari n'est responsable que de la gestion à laquelle il a concouru, celle postérieure au mariage ; et ce n'est que pour cette gestion qu'il est grevé de l'hypothèque légale des enfants.

Dans le cas, au contraire, où la règle prescrite a été négligée, le mari est responsable de tous les faits de la tutelle, de ceux antérieurs au mariage comme de ceux postérieurs ; et l'hypothèque légale frappe ses biens pour toute la valeur du compte tutélaire de la mère ou de son reliquat. Et cela a lieu soit ou non que la mère ait depuis son convol été continuée dans la tutelle.

Tel est le vrai sens des art. 395 et 396 combinés entre eux.

(1) Le voir dans le Recueil de Sirey, t. 26. 1. 298.

La sagesse de ces deux articles est remarquable. En conservant la tutelle à la mère il était indispensable de lui donner pour cotuteur son second mari. C'était, comme le fait observer Locré dans l'Esprit du Code sur l'art. 396, c'était le seul moyen de concilier la gestion de la tutelle avec la puissance maritale qui ne permet pas à la femme d'agir sans l'autorisation de son mari.

Les enfants, en effet, changent réellement de tuteur par le convol. Leur mère n'est plus tutrice que de nom. C'est leur beau-père qui, dans le fait, gère la tutelle.

Dès lors il était juste de le rendre responsable de la gestion continuée par la mère sans que le conseil de famille eût été consulté. Ce conseil de famille devait être appelé à décider si le nouveau tuteur pouvait convenir aux enfants. Car la tutelle naturelle disparaissait puisque la mère à laquelle elle était déférée n'administrait plus elle-même; la tutelle devait donc devenir dative et c'était à la famille à la conférer. Et comme continuer la tutelle à la mère c'était réellement la confier au mari, il était indispensable de nommer celui-ci cotuteur (1).

1202. La tutelle conservée à la mère et déférée au second mari conjointement avec elle étant dative de sa nature, le conseil de famille a le droit d'en régler les conditions comme il le peut dans les tutelles ordinaires, conformément aux articles 454 et 455 du Code Civil. Car la mère, dans ce cas n'est, plus considérée comme une tutrice légale. Elle n'a plus l'usufruit des biens de ses enfants; elle ne jouit plus de la confiance absolue que la loi lui accordait avant son convol. Le conseil de famille est donc autorisé à déterminer, par aperçu et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur ainsi que celle de l'administration de ses biens; il aura aussi le droit de fixer la somme à laquelle commencera pour la tu-

(1) Observations de Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 396.

trice et son cotuteur l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur les dépenses.

En un mot, ce conseil de famille pourra modifier, pour la mère et son second mari, les pouvoirs de la tutelle qu'il leur attribuerait et en régler les devoirs comme le lui permet la loi, en général, pour tous tuteurs autres que les pères et mères investis de la tutelle légale.

Cette faculté du conseil de famille est une conséquence nécessaire du droit qu'il a de refuser la tutelle à la mère et au second mari. Qui peut le plus peut le moins.

La Cour de Rouen, par arrêt du 28 août 1827 et celle d'Agen par arrêt du 14 décembre 1830 ont adopté cette doctrine. La Cour de Grenoble, il est vrai, s'en est écartée par arrêt du 28 juillet 1832 (1).

Mais les décisions des deux premières cours sont plus exactes et plus conformes à la distinction que l'ensemble de la loi a marquée entre la tutelle primitive et légale de la mère, et celle qu'elle obtient du conseil de famille après son convol. La Cour de Grenoble paraît avoir confondu les deux cas en disant dans ses motifs que le conseil de famille avait *créé une incapacité dans l'administration attribuée par la loi à la mère tutrice de ses enfants.* La Cour de Grenoble n'a pas fait attention que cette incapacité était l'effet du convol, et que la mère qui se remariait n'était plus tutrice choisie par la loi, mais tutrice nommée par le conseil de famille.

2me Subdivision.

De la tutelle déférée par le père ou la mère.

SOMMAIRE.

1203. *Du choix d'un tuteur par le survivant des père et mère. — Motifs de la règle.*

(1) Voir ces arrêts dans le Recueil de Sirey, t. 30. 2. 84; 31. 2. 291; 33. 2. 76. V. aussi les deux derniers dans le Recueil de Dalloz, t. 31. 2. 130; et 33. 2. 29.

1204. *La tutelle testamentaire est préférée à la tutelle légitime.*
1205. *Droit ancien sur la matière.*
1206. *Le père et la mère, quoique mineurs, peuvent nommer un tuteur à leurs enfants.*
1207. *Mais ils ne peuvent choisir un mineur.*
1208. *Forme de la nomination.*
1209. *Le père et la mère exclus ou destitués de la tutelle, conservent-ils droit de nomination d'un tuteur?*
1210. *La mère remariée et maintenue dans la tutelle a-t-elle ce droit et à quelle condition?*
1211. *Le tuteur nommé ne peut refuser la tutelle s'il n'en est pas dispensé par la loi.* — (*Art.* 401 *et art.* 432.)
1212. *La nomination peut être révoquée par celui qui l'a faite.*
1213. *L'acte de nomination non révoqué confère la tutelle de plein droit.*
1214. Secus *si la mère est remariée.*
1215. *Les clauses générales d'exclusion s'appliquent aux tuteurs nommés par les père et mère.*
1216. *Le père, quoique dispensé de la tutelle ainsi que la mère non remariée qui ne l'accepte pas, conservent le droit de nomination d'un tuteur.*
1217. *Peut-on nommer plusieurs tuteurs au mineur et seraient-ils dans ce cas solidaires?*

1203. Le tribun Huguet, dans son rapport au Tribunat sur le chapitre des tutelles, s'exprimait ainsi :

« Il était tout naturel, en donnant la tutelle de droit aux père et mère, de leur conférer aussi le droit de choisir, d'élire un tuteur à leurs enfants soit par testament, soit par acte public. C'était une suite de cette première confiance que leur donnait la loi (1). »

« Ainsi celui des parents que la mort viendra arracher au fils dont il était le seul appui sentira des regrets moins déchirants; il lui laisse un ami, le choix de son cœur; il meurt, et sa tendresse vivra encore près de cet enfant que la nature abandonne (2). »

(1) V. la Législation civile de Locré, comment. 3, n° 3.
(2) Discours du tribun le Roi au Corps législatif, même ouvrage, commentaire 9, n° 8.

Quant aux actes d'administration, ils seront surtout nécessaires de sa part s'il n'existe pas de successible qui seraient au même degré que le posthume. S'il en existait et qu'ils administrassent eux-mêmes les biens de l'hérédité, le curateur n'aurait lui-même à exercer que des actes de surveillance et de conservation.

Un arrêt de la Cour d'Aix, du 19 mars 1807, a jugé que, pour qu'il y ait lieu à la nomination d'un curateur au ventre, il suffisait que la veuve déclarât être enceinte, et qu'elle n'était pas tenue de fournir la preuve de la vérité de cette allégation.

Cette décision est sage. Elle prévient des vérifications alarmantes pour la pudeur d'une jeune veuve, et qui n'offriraient peut-être aucune certitude si la grossesse était peu avancée. On doit adopter cette jurisprudence qui ne présente pas, d'ailleurs, de graves inconvénients, la vérité ne pouvant tarder à ne plus être douteuse, et qui commande seulement l'emploi de quelques mesures conservatoires mais temporaires.

On fera remarquer que le curateur est nommé par le conseil de famille dont le juge de paix est le président de droit. Le choix ainsi fait par un magistrat et par les parents les plus proches du défunt, qui sont ordinairement ses successibles, doit offrir toutes les garanties désirables.

1191. La loi y met tant de confiance qu'elle déclare qu'à la naissance de l'enfant, la mère devenant tutrice, le curateur est de plein droit le subrogé-tuteur.

1192. Nous avons dans le cours de cette subdivision signalé diverses causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle légale, et indiqué que ces causes s'appliquaient au père comme à la mère.

Il nous reste à en examiner une dernière qui est relative à la mère seule; elle est écrite dans l'art. 395 du Code civil :

Art. 395. « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant

» l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui dé-
» cidera si la tutelle doit lui être conservée.

» A défaut de cette convocation elle perdra la tutelle de
» plein droit et son nouveau mari sera solidairement res-
» ponsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura in-
» dûment conservée. »

1193. Cette disposition a été empruntée des lois romaines, et notamment de la novelle 22, chap. 40, d'où a été tirée l'authentique *eisdem pœnis*, Cod. *de secundis nuptiis*. Aux termes de ces lois la mère tutrice qui se remariait sans avoir fait nommer un autre tuteur à ses pupilles, sans leur avoir rendu compte de son administration et payé le reliquat s'il en était dû, non-seulement était déchue de la tutelle *ratione indignitatis potiùsquam incapacitatis*, mais encore elle était soumise aux mêmes peines que les femmes qui se remariaient dans l'an de deuil, c'est-à-dire qu'elle encourait la privation de son augment, des legs et des autres libéralités qu'elle avait reçues de son premier mari, et ce tant en propriété qu'en usufruit. Elle était même privée du droit de succéder à ses enfants du premier lit décédés en pupillarité. Il y a plus, on étendait cette privation à la succession des enfants du second lit.

Cependant la tutelle pouvait être déférée par le juge à la mère remariée, lorsque l'on y trouvait un avantage pour les enfants du premier lit. (V. sur ces principes les Institutions de Serres, liv. 1er, titre 15, qui rappellent ces règles du droit romain comme admises en France dans les pays de droit écrit et notamment dans le Parlement de Toulouse.

1194. La Commission du Code civil soumettait le père comme la mère qui voudraient se remarier, à faire assembler le conseil de famille pour décider s'ils devaient conserver la tutelle.

Seulement, suivant le projet, le père qui négligeait de remplir cette formalité, n'était privé que de la jouissance des

biens de ses enfants; il conservait la tutelle, tandis que la mère la perdait.

Au Conseil d'État on alla plus loin, on proposa, dans ce cas, de priver même le père de la tutelle.

On se fondait sur ce qu'un second mariage devait faire douter de l'affection de l'un comme de celle de l'autre.

Mais un second mariage n'est pas toujours l'effet de l'indifférence du père ou de la mère pour les enfants du premier lit. Quelquefois même l'intérêt de ces enfants le provoque.

Des considérations plus vraies et plus graves devaient déterminer une différence entre le père et la mère.

Le père qui se remarie est toujours le chef de famille, le maître des affaires. Il n'a besoin que de lui-même pour opérer le bien de ses enfants.

La mère, au contraire, passe sous la puissance de son second mari. Le consentement de celui-ci lui est nécessaire pour agir. Son influence, son autorité peuvent compromettre le sort et les intérêts des enfants.

La position n'étant pas la même, la règle ne devait pas être identique.

On se décida donc à maintenir la tutelle du père, sauf au conseil de famille à provoquer sa destitution si sa conduite prescrivait cette mesure.

Mais on pensa que la tutelle ne devait être conservée à la mère qu'autant que la convenance du second mariage, l'âge, la fortune, l'état du second mari, ses qualités morales inspiraient quelque sécurité pour le sort des enfants.

Le conseil de famille était le juge naturel de ces circonstances et l'appréciation lui en fut confiée (1).

Mais si la mère négligeait de remplir l'obligation qui lui était imposée, elle devait être soumise à une peine, et le second mari qui avait été le complice de sa négligence devait aussi la subir.

(1) Voir pour tout cela l'Esprit du Code civil sur l'art 375.

Tels furent les motifs qui dictèrent les deux dispositions du second paragraphe de l'article : l'une par laquelle la mère est privée de plein droit de la tutelle, l'autre qui veut que son second mari soit solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée.

1195. La première disposition rend-elle nulle tous les actes d'administration faits par la mère postérieurement à son second mariage?

Oui, selon un arrêt de la Cour de Nîmes du 19 prairial an 13.

Non, suivant des arrêts des Cours de Turin, de Limoges, de Metz, de Pau des 25 juin 1810, 17 juillet 1822 (1).

1196. Entre ces deux opinions on doit, il semble, en choisir une moins absolue et qu'indique l'intérêt des enfants qui doit toujours être principalement considéré.

Tout ce que la mère remariée aura fait dans cet intérêt devra être maintenu.

Tout ce qui leur causerait préjudice pourra être annulé.

Et cette distinction devra être appliquée aux actes judiciaires comme aux conventions.

Le premier système, s'il était admis dans toute son étendue, ferait tourner contre les enfants eux-mêmes une règle qui n'a été établie que pour eux et les punirait d'une négligence qui leur est étrangère.

Le second système appliqué aussi à tous les cas serait dangereux pour les enfants dont une mère, dépouillée de la qualité de tutrice, pourrait avoir compromis les droits, soit en ne les défendant pas, soit en les défendant mal. Il est donc juste d'autoriser les enfants à soutenir qu'ils n'ont pas été valablement représentés dans les jugements ou les autres actes dont ils auraient à se plaindre ; et les autres parties intéressées n'auraient rien à dire parce qu'elles devaient s'assurer de la qualité de la mère et de celle de son second mari.

(1) Voir ces arrêts dans le Receuil de Sirey, t. 12. 2. 417 ; 22. 2, 295; et dans celui de Denevers et de son continuateur, t. 9. 2. 34; 21. 2. 4.

Nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit. Si elles n'ont pas cherché à la connaître, c'est leur faute, et elles doivent subir les conséquences de leur imprudence.

Remarquons qu'il ne serait pas équitable de valider des actes nuisibles aux enfants, sous prétexte qu'ils ont une garantie solidaire contre leur mère et son second mari. Car cette garantie peut leur échapper par l'insolvabilité de la mère et du second mari. Ce n'est pas à eux qui n'ont pu veiller à leurs droits à en courir les chances. C'est à ceux qui ont traité, qui ont plaidé sans précaution avec de prétendus tuteurs sans qualité, à invoquer, ainsi qu'ils aviseront, la responsabilité des faits de ceux-ci.

Remarquons aussi que l'objection ne peut pas être retournée contre les enfants qui consentent à s'approprier certains actes émanés de leur mère et de son second mari après le convol, parce que l'art. 390 du Code, en parlant de la tutelle indûment conservée par la mère et des suites de cette tutelle, annonce suffisamment qu'elle doit toujours être considérée comme tutrice dans leur intérêt; que s'il n'y a plus de tutelle de droit il y a toujours une tutelle de fait qui n'est que la continuation de celle de droit, qui s'y rattache, qui ne fait avec elle qu'une seule et même tutelle et qui astreint la mère aux mêmes obligations et aux mêmes charges envers son enfant mineur;

Qu'ainsi son incapacité n'est que relative, et que, d'ailleurs, comme nous l'avons déjà dit, une disposition décrétée en faveur des enfants ne doit pas être interprétée et appliquée contre eux. (Argument de l'art. 1125 du Code civil) (1).

Un arrêt de la Cour de Paris, du 4 décembre 1807, dans la cause Suleau, et un autre arrêt de la même Cour, du 4 mars 1808, applique les dispositions de l'art. 393 au cas où

(1) V. sur cette question, Duranton, t. 2, 427.

le convol était antérieur au Code et à l'ouverture de la tutelle. Il s'agissait d'une femme divorcée qui avait contracté un nouveau mariage avant que la tutelle eût pu lui être déférée. On jugea qu'elle ne pouvait l'obtenir sans l'avis du conseil de famille. (Sirey, 7. 2. 240 ; et 8. 2. 124.)

1197. La convocation préalable du conseil de famille est aussi nécessaire à la mère naturelle qui se considère comme tutrice légale et qui veut se remarier. En invoquant en sa faveur les règles sur la tutelle légale des mères légitimes, elle doit aussi remplir les conditions prescrites à celles-ci. (Arrêt de la Cour de cassation, du 31 août 1815, S., t. 15. 1. 361.)

Dans l'ancien droit, en pays de droit écrit, la mère qui se remariait sans avoir fait nommer un autre tuteur à ses enfants du premier lit, encourait l'indignité et ne pouvait leur succéder. (C. cas., 14 fructidor an 13, S., 6. 1. 85; Denev., 4. 1. 35.)

Le Code n'a pas maintenu cette peine.

1198. La déchéance encourue par la mère qui se remarie avant d'avoir convoqué le conseil de famille pour décider si la tutelle lui sera conservée, n'emporte pas contre elle une incapacité absolue qui s'oppose à ce qu'après son second mariage le conseil de famille la nomme tutrice. C'est ce qu'ont décidé les Cours de Pau et de Metz, la première, par arrêt du 30 juillet 1807; la seconde, par arrêt du 20 avril 1820. (S., 12. 2. 378; et 21. 2. 339.)

Ces décisions sont protégées par les discussions qui avaient préparé la loi. La Commission voulait que la mère, qui avait négligé avant son convol de faire prononcer le conseil de famille, perdît sans retour la qualité de tutrice; mais la prohibition ne fut pas adoptée, et elle ne peut pas être suppléée, parce qu'elle n'est pas une conséquence directe de la règle écrite dans l'art. 395 (1).

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 395.

1199. Le défaut de convocation du conseil de famille privant la mère de la tutelle, si elle en continue l'exercice, elle est responsable de sa gestion jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

Le second mari en est lui-même responsable, parce qu'il devait exiger cette convocation, et que, d'ailleurs, la femme entrant sous sa puissance, il profite des avantages de l'administration qu'elle conserve, que même ordinairement c'est lui qui administre. L'article déclare cette responsabilité solidaire entre la mère et son second époux.

1200. Aux termes de l'art. 395, la responsabilité solidaire du mari s'étend à *toutes les suites de la tutelle indûment conservée*, c'est-à-dire soit à la gestion qui aurait eu lieu depuis le second mariage comme on s'était borné d'abord à l'énoncer dans la première rédaction, soit aussi à tous les faits antérieurs; en sorte que le second mari est personnellement tenu, non-seulement de la restitution des deniers perçus par la femme comme tutrice, mais encore du paiement des valeurs appartenant à la communauté qui avait existé entre la femme et le premier mari, et que celle-ci aurait voulu s'approprier exclusivement.

Le second mari en est tenu solidairement parce que la dette de la femme est une des suites de la tutelle.

Et il peut être condamné, même par corps, à la restitution et au paiement, parce qu'il s'agit de sommes dues pour compte de tutelle, et que l'art. 126 du Code de procédure autorise dans ce cas les tribunaux à prononcer la contrainte par corps contre les débiteurs.

La Cour de cassation a consacré cette doctrine, par arrêt du 12 août 1828 (1).

Et la Cour de Nîmes l'a appliquée depuis, par arrêt du 30 novembre 1831, qui décide que, si la mère tutrice convole à de secondes noces sans convoquer préalablement le con-

(1) Le voir dans le Recueil de Sirey, 29. 1. 42; et dans celui de Dalloz, 26. 1. 378.

seil de famille pour prononcer sur la conservation de la tutelle, la responsabilité du second mari s'étend à la gestion postérieure comme à la gestion antérieure au second mariage (1).

Telle est aussi l'opinion de Grenier, *Traité des hypothèques*, t. 1, n° 280.

Pour la garantie de ce qui leur est dû par leur mère et par son second mari responsable de toute la gestion de celle-ci, les enfants ont sur les biens de l'un et de l'autre une hypothèque légale dispensée de l'inscription. Car il s'agit de fait de tutelle et de sommes dues par une tutrice et sa caution solidaire que la loi considère comme son cotuteur. Les art. 2121 et 2135 du Code civil confèrent donc sur leurs biens immeubles une hypothèque légale aux mineurs. Tel est aussi le sentiment de Persil, *Régime hypothécaire*, art. 2131, n° 32; de Grenier, t. 1er, n° 280; de Troplong, *Commentaire des hypothèques*, t. 2, n° 426.

Duranton et Zacharie professent une opinion contraire, mais qui ne peut s'appuyer ni sur la loi, ni sur l'équité, ni sur la jurisprudence; plusieurs arrêts, au contraire, ont attribué aux enfants mineurs d'une femme qui avait convolé sans se conformer à l'art. 395, une hypothèque légale sur les biens des seconds maris de leur mère. C'est ce qu'ont jugé notamment un arrêt de la Cour de Nîmes, du 30 novembre 1831; un arrêt de la Cour de Colmar, du 26 novembre 1832; un arrêt de la Cour de Paris, du 28 décembre 1822; un arrêt de la Cour de Poitiers, du 28 décembre 1824 (2).

Le mineur a aussi et par la même raison hypothèque légale sur les biens de sa mère remariée avant d'avoir été

(1) Voir l'arrêt de Nîmes dans les mêmes Recueils. S. 32. 2. 137; et D., 32. 2. 1030.

(2) V. ces arrêts dans le Journal de Sirey, t. 32. 2. 130; t. 34. 2. 231; et dans celui de Dalloz, t. 22. 263; t. 25. 2. 94; t. 32. 2. 103; t. 34. 2. 90.

maintenue dans la tutelle ; il l'a pour la gestion postérieure au convol, quoique la tutelle alors soit seulement de fait et non de droit. Il l'à parce qu'il y a continuation de la tutelle de la part de la mère qui n'a pas été remplacée par un autre tuteur, et parce que celle-ci ne peut profiter de sa propre négligence à faire ce que la loi lui prescrivait. La Cour de cassation a décidé la question en thèse, par arrêt du 15 décembre 1825 (1).

Il y a même motif de décision semblable contre le second mari qui est lui-même cotuteur de fait.

1201. La convocation du conseil de famille, faite avant le convol, place le second mari dans une position moins dangereuse, quoique la tutelle soit conservée à la mère. C'est ce qui résulte de l'art. 396.

Art. 396. « Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, con-
» serve la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement
» pour cotuteur le second mari qui deviendra solidairement
» responsable avec sa femme de la gestion postérieure au
» mariage. »

Ainsi, dans le cas où la prescription de l'art. 395 est observée, le mari n'est responsable que de la gestion à laquelle il a concouru, celle postérieure au mariage ; et ce n'est que pour cette gestion qu'il est grevé de l'hypothèque légale des enfants.

Dans le cas, au contraire, où la règle prescrite a été négligée, le mari est responsable de tous les faits de la tutelle, de ceux antérieurs au mariage comme de ceux postérieurs ; et l'hypothèque légale frappe ses biens pour toute la valeur du compte tutélaire de la mère ou de son reliquat. Et cela a lieu soit ou non que la mère ait depuis son convol été continuée dans la tutelle.

Tel est le vrai sens des art. 395 et 396 combinés entre eux.

(1) Le voir dans le Recueil de Sirey, t. 26. 1. 298.

La sagesse de ces deux articles est remarquable. En conservant la tutelle à la mère il était indispensable de lui donner pour cotuteur son second mari. C'était, comme le fait observer Locré dans l'Esprit du Code sur l'art. 396, c'était le seul moyen de concilier la gestion de la tutelle avec la puissance maritale qui ne permet pas à la femme d'agir sans l'autorisation de son mari.

Les enfants, en effet, changent réellement de tuteur par le convol. Leur mère n'est plus tutrice que de nom. C'est leur beau-père qui, dans le fait, gère la tutelle.

Dès lors il était juste de le rendre responsable de la gestion continuée par la mère sans que le conseil de famille eût été consulté. Ce conseil de famille devait être appelé à décider si le nouveau tuteur pouvait convenir aux enfants. Car la tutelle naturelle disparaissait puisque la mère à laquelle elle était déférée n'administrait plus elle-même; la tutelle devait donc devenir dative et c'était à la famille à la conférer. Et comme continuer la tutelle à la mère c'était réellement la confier au mari, il était indispensable de nommer celui-ci cotuteur (1).

1202. La tutelle conservée à la mère et déférée au second mari conjointement avec elle étant dative de sa nature, le conseil de famille a le droit d'en régler les conditions comme il le peut dans les tutelles ordinaires, conformément aux articles 454 et 455 du Code Civil. Car la mère, dans ce cas n'est, plus considérée comme une tutrice légale. Elle n'a plus l'usufruit des biens de ses enfants; elle ne jouit plus de la confiance absolue que la loi lui accordait avant son convol. Le conseil de famille est donc autorisé à déterminer, par aperçu et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur ainsi que celle de l'administration de ses biens; il aura aussi le droit de fixer la somme à laquelle commencera pour la tu-

(1) Observations de Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 396.

trice et son cotuteur l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur les dépenses.

En un mot, ce conseil de famille pourra modifier, pour la mère et son second mari, les pouvoirs de la tutelle qu'il leur attribuerait et en régler les devoirs comme le lui permet la loi, en général, pour tous tuteurs autres que les pères et mères investis de la tutelle légale.

Cette faculté du conseil de famille est une conséquence nécessaire du droit qu'il a de refuser la tutelle à la mère et au second mari. Qui peut le plus peut le moins.

La Cour de Rouen, par arrêt du 28 août 1827 et celle d'Agen par arrêt du 14 décembre 1830 ont adopté cette doctrine. La Cour de Grenoble, il est vrai, s'en est écartée par arrêt du 28 juillet 1832 (1).

Mais les décisions des deux premières cours sont plus exactes et plus conformes à la distinction que l'ensemble de la loi a marquée entre la tutelle primitive et légale de la mère, et celle qu'elle obtient du conseil de famille après son convol. La Cour de Grenoble paraît avoir confondu les deux cas en disant dans ses motifs que le conseil de famille avait *créé une incapacité dans l'administration attribuée par la loi à la mère tutrice de ses enfants*. La Cour de Grenoble n'a pas fait attention que cette incapacité était l'effet du convol, et que la mère qui se remariait n'était plus tutrice choisie par la loi, mais tutrice nommée par le conseil de famille.

2me Subdivision.

De la tutelle déférée par le père ou la mère.

SOMMAIRE.

1203. *Du choix d'un tuteur par le survivant des père et mère. — Motifs de la règle.*

(1) Voir ces arrêts dans le Recueil de Sirey, t. 30. 2. 84; 31. 2. 291; 33. 2. 76. V. aussi les deux derniers dans le Recueil de Dalloz, t. 31. 2. 130; et 33. 2. 29.

1204. *La tutelle testamentaire est préférée à la tutelle légitime.*
1205. *Droit ancien sur la matière.*
1206. *Le père et la mère, quoique mineurs, peuvent nommer un tuteur à leurs enfants.*
1207. *Mais ils ne peuvent choisir un mineur.*
1208. *Forme de la nomination.*
1209. *Le père et la mère exclus ou destitués de la tutelle, conservent-ils droit de nomination d'un tuteur?*
1210. *La mère remariée et maintenue dans la tutelle a-t-elle ce droit et à quelle condition?*
1211. *Le tuteur nommé ne peut refuser la tutelle s'il n'en est pas dispensé par la loi.* — (*Art.* 401 *et art.* 432.)
1212. *La nomination peut être révoquée par celui qui l'a faite.*
1213. *L'acte de nomination non révoqué confère la tutelle de plein droit.*
1214. Secus *si la mère est remariée.*
1215. *Les clauses générales d'exclusion s'appliquent aux tuteurs nommés par les père et mère.*
1216. *Le père, quoique dispensé de la tutelle ainsi que la mère non remariée qui ne l'accepte pas, conservent le droit de nomination d'un tuteur.*
1217. *Peut-on nommer plusieurs tuteurs au mineur et seraient-ils dans ce cas solidaires?*

1203. Le tribun Huguet, dans son rapport au Tribunat sur le chapitre des tutelles, s'exprimait ainsi :

« Il était tout naturel, en donnant la tutelle de droit aux père et mère, de leur conférer aussi le droit de choisir, d'élire un tuteur à leurs enfants soit par testament, soit par acte public. C'était une suite de cette première confiance que leur donnait la loi (1). »

« Ainsi celui des parents que la mort viendra arracher au fils dont il était le seul appui sentira des regrets moins déchirants; il lui laisse un ami, le choix de son cœur; il meurt, et sa tendresse vivra encore près de cet enfant que la nature abandonne (2). »

(1) V. la Législation civile de Locré, comment. 8, n° 8.
(2) Discours du tribun le Roi au Corps législatif, même ouvrage, commentaire 9, n° 8.

Ces deux fragments de discours renferment les motifs qui ont dicté les dispositions législatives sur la tutelle déférée par le père ou la mère.

La loi détermine :

Dans quel cas a lieu cette tutelle ;

Dans quelle forme elle est déférée ;

Par qui elle peut l'être ;

Quels en sont les effets.

L'article 397 règle le cas où elle est autorisée.

Art. 397. « Le droit individuel de choisir un tuteur, parent ou » même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des » père et mère. »

Ainsi le père lui-même s'il meurt le premier ne peut pas choisir un tuteur à ses enfants. La tutelle appartient alors à la mère. Elle ne peut en être privée. Il peut seulement lui être nommé un conseil comme nous l'avons déjà dit avec l'article 391.

Tant que l'un des deux époux est vivant la tutelle naturelle subsiste. Ce n'est qu'à son défaut que la tutelle testamentaire doit avoir lieu.

1204. Mais elle est préférée à la tutelle légitime des ascendants.

Ce n'était pas ce que voulait la Commission ; elle présentait un article ainsi conçu :

« Lorsqu'il n'y a pas d'ascendants, le dernier mourant » des père et mère a le droit de choisir un tuteur. »

Cette proposition fut combattue. On cita l'exemple des Romains chez lesquels la tutelle légitime ne venait qu'après la tutelle testamentaire : *Quibus ex testamento tutor datus non est, his ex lege duo decimâ tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.* (*Inst. de legit adgn. tut.*)

Les Romains comptaient sur la tendresse des pères. Car on lit dans leurs lois : *Quis est affectus qui vincat paternum.*

« La vocation d'un aïeul ne devait pas priver les enfants d'avoir un tuteur du choix de leur père ou de leur mère.

C'est pour les enfants que la tutelle est instituée, et non pour le tuteur. Si l'aïeul en est le plus capable et le plus digne, le père ou la mère ne nommeront pas de tuteur testamentaire (1). »

La tutelle testamentaire devait être préférée. Elle le fut à l'imitation des lois romaines.

Cependant, chez les Romains dans l'origine, le père seul ou l'ascendant paternel qui avait les enfants en sa puissance pouvait leur nommer un tuteur. C'est par les constitutions des empereurs que la mère, quoiqu'elle ne jouît pas de la puissance paternelle, reçut cette faculté, mais sous la condition d'instituer héritiers les enfants auxquels elle nommerait un tuteur. Encore ce tuteur devait-il être confirmé par le juge (2).

1205. En France autrefois, on suivait dans le ressort du Parlement de Toulouse le dernier droit romain. Le tuteur nommé par le testament du père, quand le choix n'était pas attaqué, ne se faisait pas confirmer par le juge.

Mais la confirmation du juge faite de l'avis des parents était nécessaire au tuteur nommé par la mère, et cette nomination devait être faite par un testament dans lequel les pupilles étaient institués héritiers (3).

Dans les provinces régies par le droit écrit du ressort du Parlement de Paris, et dans les Coutumes qui admettaient la tutelle testamentaire, la confirmation du juge était nécessaire.

1206. La loi actuelle n'exige pas la confirmation du juge ni du conseil de famille si ce n'est dans le cas prévu par l'article 400; et comme la minorité des père et mère n'est pas un obstacle à ce qu'ils soient tuteurs, elle ne s'oppose pas aussi à ce que le dernier mourant d'eux nomme un tuteur à ses enfants.

(1) Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 397.
(2) V. L. 4, ff. et L. 4, Cod. *de testam. tutel.*
(3) V. les Institutions de Serres, livre 1er, titre 13.

1207. Mais s'il peut être tuteur légal quoique mineur, il ne lui est pas permis de choisir un mineur pour tuteur.

La minorité est un empêchement absolu pour tout autre que pour le père ou la mère. Cependant si le tuteur choisi, quoique mineur au moment du testament, était majeur au moment du décès du testateur, l'incapacité n'existant plus, le choix sera valable et devra recevoir son exécution.

1208. Pour la forme de la nomination du tuteur la loi renvoie au mode réglé par l'art. 392. C'est ce que déclare l'art. 398 :

rt. 398. « Ce droit, y est-il dit, ne pourra être exercé que dans les formes prescrites par l'art. 392 et sous les exceptions et modifications ci-après. »

Nous renvoyons, quant aux formes, à ce que nous avons dit sur l'art. 392.

1209. Tant que le père ou la mère demeurent en viduité ou conservent la tutelle, le droit de nommer un tuteur testamentaire ne peut leur être contesté.

Mais si le survivant est exclu de la tutelle, s'il est destitué ou s'il se remarie, conservera-t-il ce droit?

La loi ne dit rien expressément pour le cas de destitution et d'exclusion.

Mais il résulte de l'art. 445 que la privation de la tutelle pour cause d'interdiction, d'incapacité, d'inconduite ou d'infidélité, doit aussi entraîner la perte du droit de donner un tuteur à ses enfants. Le père ou la mère exclus ou destitués ne peuvent pas même être membres du conseil de famille. Comment conserveraient-ils le droit de faire seuls un choix auquel ils n'auraient pas même celui de concourir avec les autres membres du conseil?

Quelle confiance, d'ailleurs, pourrait mériter un père exclu ou destitué de la tutelle? Et ne serait-il pas dangereux pour l'intérêt des enfants d'autoriser le père destitué à faire un choix pour une tutelle qu'il ne lui a pas été permis de gérer lui-même ?

Au reste, l'exclusion ou la destitution de la tutelle détruit ou affaiblit beaucoup la puissance paternelle. Comment laisserait-elle subsister un des principaux effets de cette puissance, celui de nommer un tuteur? (Locré sur l'art. 400.)

On peut, d'ailleurs, argumenter par analogie du cas prévu par l'art. 399 qui prive la mère remariée et non maintenue dans la tutelle du droit de choisir un tuteur.

Voici le texte de cet article :

« La mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage ne peut leur choisir un tuteur. » Art. 399.

Cette disposition peut servir à répondre à l'autre question proposée.

L'article est étranger au père remarié, et par conséquent celui-ci conserve la faculté de donner un tuteur aux enfants du premier lit.

Pourquoi cette différence entre l'un et l'autre?

C'est que la mère perd la tutelle légale et que le père y est maintenu, et que le droit de choisir un tuteur est essentiellement inhérent à la tutelle naturelle.

1210. Aussi lorsque la tutelle est conservée à la mère remariée, le droit de choisir un tuteur lui est aussi maintenu; seulement comme elle est entrée sous la puissance d'un second mari, qu'elle n'est pas chef de famille, que son choix peut avoir été dicté par l'influence de son nouvel époux, et que la loi n'a pas en elle une entière confiance, ce choix doit être approuvé par le conseil de famille protecteur légal et naturel des mineurs. C'est ce que déclare l'article 400 du Code.

» Lorsque la mère, remariée et maintenue dans la tutelle, » aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier » mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera » confirmé par le conseil de famille. » Art. 400.

Le projet de l'article restreignait la nécessité de l'approbation du conseil de famille au cas où le choix porterait sur

le second mari ou sur quelque parent ou allié de celui-ci.

Mais le Tribunat fit observer que le choix même d'un étranger pourrait être dicté par le mari, et la rédaction définitive généralisa la prescription de la confirmation du conseil de famille (1).

1211. On fit au Conseil d'Etat plusieurs questions.

La nomination du tuteur est-elle irrévocable. ?

Défère-t-elle de plein droit la tutelle ?

Doit-elle avoir son effet quelle que soit la personne nommée ?

Est-elle obligatoire pour le tuteur désigné ?

De ces quatre questions la dernière seule a été résolue en termes exprès et formels par un article spécial, l'art. 401.

Les autres le sont implicitement par l'ensemble de la loi.

L'art. 401 s'exprime ainsi :

Art. 401. « Le tuteur, élu par le père ou la mère, n'est pas tenu » d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des » personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le con- » seil de famille eût pu en charger. »

La tutelle est une charge que l'organisation sociale impose à toute personne qui n'en est pas dispensée par la loi. Le Code civil, dans la section 6 du chapitre des tutelles, a déterminé les causes de dispense ; elles sont nombreuses ; il serait superflu d'en faire ici le détail, et surtout d'énumérer celles qui tiennent à des circonstances ou à une position particulières à la personne désignée pour la tutelle. Il suffira de rappeler une cause générale de dispense exprimée dans l'art. 432.

Art. 432 « Tout citoyen, non parent ni allié, ne peut être forcé » d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait » pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents » ou alliés en état de gérer la tutelle. »

Ainsi, d'après l'art. 401, le tuteur élu par le père ou la

(1) Esprit du Code civil sur l'art. 400.

mère est obligé d'accepter la tutelle s'il ne se trouve pas dans un des cas de dispense prévu par l'art. 427, soit par les autres articles de la sect. 6 du chapitre des Tutelles.

Les autres questions ci-dessus énoncées sont d'une solution facile.

1212. Celle sur la révocation du tuteur choisi avait été résolue textuellement par la Commission dans un article par elle proposé.

« Le tuteur, disait-elle, peut être révoqué ou tacitement » par la nomination d'un autre tuteur, ou expressément par » une déclaration faite dans une des formes ci-dessus pres- » crites. »

En rapportant cet avis de la Commission, M. Locré ajoute :

« On n'a pas cru devoir insérer cet article, parce que la règle qui l'établissait est de droit commun. En effet, les art. 1035 et 1036 au titre *des Donations et des testaments* sont applicables à la nomination comme à toute autre disposition de dernière volonté. »

Il ne peut y avoir de doute lorsque la nomination est faite par testament.

Mais fût-elle faite par acte devant le juge de paix ou devant notaires, la tutelle déférée est essentiellement testamentaire, puisqu'elle n'est donnée qu'en vue de la mort du père ou de la mère qui la défère, et que la disposition n'a ses effets qu'après son décès. Celui qui l'a faite peut donc la révoquer.

Remarquons, d'ailleurs, qu'un acte qui n'est pas synallagmatique, dans lequel il n'y a, par conséquent, aucun lien réciproque, qui n'émane que d'une seule volonté, peut toujours être détruit par le changement de cette volonté, lorsqu'il est légalement exprimé.

D'ailleurs le choix du tuteur est un mandat, et il est de principe que le mandat peut être détruit par la volonté contraire du mandant. *Mandatum solvitur contrariâ volun-*

tate mandantis. L. 2, § 2, *qui jussu*. Une révocation faite ou par testament ou par acte, soit devant le juge de paix, soit devant un notaire, est évidemment aussi valable pour l'extinction du choix du tuteur qu'un autre acte semblable l'avait été pour la nomination.

1213. Mais l'acte de nomination même, s'il n'est pas révoqué, confère-t-il de plein droit la tutelle? — 3e Question.

L'affirmative n'est pas douteuse si la nomination émane du père, que celui-ci soit ou non remarié. Car nous avons vu que la loi ne fait aucune distinction à son égard.

Elle est aussi exacte lorsque le choix a été fait par la mère non remariée.

1214. Mais si celle-ci a convolé, quoiqu'elle ait été maintenue dans la tutelle, son choix ne peut avoir d'effet qu'autant qu'il est confirmé par le conseil de famille, comme le veut l'art. 400 que nous avons déjà examiné.

Les rédacteurs du projet du Code voulaient que, dans tous les cas, la nomination eût besoin de la sanction du conseil de famille.

Cette condition trop générale fut retranchée parce que, si la famille n'avait pu rejeter que le tuteur atteint par quelque cause d'exclusion, son intervention aurait été inutile les causes d'exclusions ayant naturellement leur effet contre tous les tuteurs, et parce que, si la famille avait eu le pouvoir de refuser sans motifs celui que la loi n'exclut pas, l'élection faite par le père ou la mère se serait réduite à une simple présentation (1).

Ces observations décidèrent à restreindre la nécessité de la confirmation de la famille au choix fait par la mère remariée mais maintenue dans la tutelle.

La mère remariée mais qui ne conserve pas la tutelle doit perdre, comme la mère exclue ou destituée, la faculté de choisir un tuteur, et le choix qu'elle aurait fait précédem-

(1) V. le procès-verbal du 22 vendemiaire an XI, et l'Esprit du Code civil sur l'art. 401.

ment ne peut, par conséquent, valoir, à moins que le conseil de famille ne le confirme, ce qui équivaut à une nomination nouvelle émanée de ce conseil.

1215. La dernière question trouve sa solution dans l'une des observations ci-dessus faite, celle relative aux causes d'exclusion.

Ces causes sont énumérées dans la section 7 du chapitre des Tutelles. Elles s'appliquent aux mineurs, aux interdits, aux femmes autres que les ascendantes du pupille, à ceux qui ont des procès importants avec celui-ci, à ceux d'une inconduite notoire, à ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité, et aux condamnés à une peine afflictive ou infamante.

Il suffit d'énoncer ces causes pour reconnaître qu'elles doivent repousser les tuteurs de toutes les classes sans aucune distinction. Elles autorisent même la destitution des père et mère, investis cependant d'une tutelle de plein droit. Comment seraient elles sans force contre les tuteurs que les père et mère choisissent? Au reste, l'intérêt des mineurs commande leur application aux uns comme aux autres, et cet intérêt doit surtout dominer?

Ainsi devront être exclus, quoique nommés par les pères et mères, les tuteurs auxquels de pareils vices pourront être reprochés.

Cette exclusion sera prononcée par le conseil de famille convoqué à la diligence du subrogé-tuteur ou d'office par le juge de paix.

La convocation du conseil pourra aussi être requise auprès de ce magistrat par un parent ou un allié du mineur jusqu'au degré de cousin germain; et s'il y a résistance du tuteur, les tribunaux prononceront. (Voir les articles 446 et suivants du Code civil.)

Mais en attendant la décision définitive, le tuteur nommé, quel qu'il soit, en exercera les fonctions. Car il aura le titre en sa faveur.

1216. Le droit de nommer un tuteur, étant une émanation de la puissance paternelle, n'en appartiendra pas moins à la mère non remariée quoiqu'elle n'ait pas accepté la tutelle.

Le père aussi le conserverait, quoique, à raison de ses infirmités ou de ses fonctions publiques, il se fût fait excuser de la tutelle. Telle est l'opinion de Duranton, de Dalloz aîné, de Rolland de Villargues ; et nous n'hésitons pas à la partager, parce que rien dans la loi n'autorise à les priver, dans les cas indiqués, du droit qu'elle leur attribue, et que les déchéances ne peuvent pas être suppléées. Nous avons fait remarquer déjà sur l'art. 394 que le Conseil d'Etat avait rejeté cette proposition faite par la Cour d'Amiens contre la mère qui refusait la tutelle (1).

1217. Le survivant des père et mère peut-il nommer deux tuteurs au mineur?

Aucune disposition de la loi ne le défend, et plusieurs arrêts ont déclaré valable cette double nomination. La Cour de Paris notamment a déclaré valable le choix d'un tuteur pour les personnes et d'un autre tuteur pour les biens. (Arrêt du 15 messidor an 12.)

Cette même Cour, par arrêt du 21 frimaire an 13 a décidé que s'il était fait choix d'un tuteur honoraire et d'un tuteur onéraire, le premier devait être considéré comme le véritable tuteur chargé de l'administration, et que c'était contre lui que devaient être dirigées les demandes qui intéressaient le mineur.

La distinction des tuteurs honoraires et des tuteurs onéraires était fort en usage autrefois dans les tutelles testamentaires.

Souvent aussi on nommait plusieurs tuteurs gérants ; et si l'acte de tutelle divisait l'administration entr'eux, chacun ne gérait que ce qui lui avait été commis. Dans le cas contraire, ils pouvaient tous gérer, à moins qu'ils ne s'accordas-

(1) Duranton, n° 438; Roll., n° 55; Dalloz aîné, t. 12, p. 706, n° 7.

sent entr'eux pour confier à un seul l'administration. S'ils ne s'accordaient pas, le juge en désignait un lui-même (1).

Ces anciennes règles n'ont pas été abrogées par le Code civil qui ne dit rien de contraire. Pourquoi ne seraient-elles pas observées aujourd'hui ?

Les auteurs des Pandectes françaises en considérant comme valable la nomination de plusieurs tuteurs testamentaires, disent que si le titre de la tutelle ne divise pas la gestion, ils sont tous solidairement responsables de leur administration.

Cet avis très-favorable au mineur pourrait être équitable. Mais la vérité en est douteuse, parce que les tuteurs sont des mandataires, et qu'il n'y a pas de solidarité entre ceux-ci si elle n'est formellement stipulée dans le titre constitutif du mandat. (Code civil, art. 1995.)

3me Subdivision.

De la tutelle des ascendants.

SOMMAIRE.

1218. *De la tutelle des ascendants. — Ancien droit.*
1219. *Cas où elle a lieu sous le Code civil.*
1220. *Quel est l'ascendant qui a la préférence ?*
1221. *La tutelle des ascendants n'a pas lieu si l'un des père et mère est vivant quoiqu'exclu ou dispensé.*
1222. *Si un tuteur légitime a été nommé, quoiqu'il n'accepte pas ou soit exclus, alors comme pour les aïeuls la tutelle est dative.*
1223. *Le plus proche en degré, quelle que soit la ligne, a la tutelle légitime.*
1224. Quid *si plusieurs sont au même degré ?*

1218. La loi ne s'occupe, quant à cette tutelle, que des ascendants légitimes. Le mariage en est donc la source, et sous ce rapport elle doit être aussi l'objet de notre examen.

(1) V. Rousseau-Lacombe, au mot *Tutelle*, sect. 8, dist. 5.

Les règles admises par le Code civil sont différentes de celles établies par les lois romaines qui attribuaient la tutelle légitime à tous les parents paternels du mineur, aux agnats, suivant le degré de leur parenté. Ce droit fut cependant modifié par la novelle 118 dont les chapitres 4 et 5 appelaient à la tutelle les parents maternels, *cognati*. comme les parents paternels.

En France, en pays de droit écrit, on les y appelait aussi indifféremment. Mais le choix en était fait par le conseil de famille, à la pluralité des voix, en présence du juge.

Mais si l'enfant était encore sous la puissance paternelle, et qu'au décès du père, le grand-père paternel fût vivant, cet enfant passait sous la puissance du grand-père, et il n'y avait pas de tutelle.

On suivait, d'ailleurs, en France dans le pays de droit écrit l'authentique *Matre et aviæ Cod. quando mulier tutel. aff.*, qui déférait à la mère et à son défaut à l'aïeule, la tutelle, pourvu toutefois qu'elles fussent majeures de 25 ans. Cette tutelle appelée légitime avait lieu de plein droit sans avoir besoin ni d'assemblée de parents ni de confirmation du juge. (Serres, *ibid.*, chap. 15.)

1219. La tutelle des ascendants sous le Code civil est réglée par les articles 402, 403, 404.)

Ces articles déterminent dans quel cas s'ouvre la tutelle des ascendants, quels sont les ascendants qui doivent avoir la préférence, et ce qu'on doit faire quand il y a concurrence entre deux ascendants de la même ligne et du même degré.

Art. 402. « Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le » dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient » de plein droit à son aïeul paternel, à défaut de celui-ci, à » son aïeul maternel, et ainsi en remontant de manière que » l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant » maternel du même degré (1). »

(1) La tutelle des ascendants est admise par les articles 323, 324

Deux systèmes furent examinés au Conseil d'État.

L'un attribuait la tutelle de plein droit aux ascendants;

L'autre voulait qu'elle fût donnée par le conseil de famille au plus proche d'entre eux.

Mais on reconnut que l'intervention du conseil de famille pour désigner le plus proche des ascendants était inutile.

On les admit donc à la tutelle de plein droit. On considéra, d'ailleurs, qu'il ne pouvait en résulter d'inconvénients, parce que si les infirmités ou l'âge de l'ascendant ne lui permettaient pas de gérer la tutelle, il la refuserait; que même le conseil de famille pourrait malgré lui l'en décharger, l'inaptitude étant une cause de destitution (1).

1220. Mais quels ascendants devait-on admettre?

La Commission donnait la préférence à l'ascendant le plus proche quel que fût son sexe; en cas de concours au même degré, la tutelle devait être déférée aux mâles.

La Section considéra comme dangereux d'admettre de plein droit à la tutelle des personnes qui, à la faiblesse du sexe, joignaient la faiblesse de l'âge. En leur otant la tutelle de plein droit, elle autorisait cependant le conseil de famille à les nommer tutrices s'il les jugeait capables de porter un tel fardeau.

Le système de la Section a été adopté sans modification. Les aïeuls sont seuls appelés à la tutelle légitime. Les aïeules peuvent l'être à la tutelle dative. Elles et les mères sont les seules femmes qui puissent être tutrices (art. 442 (2).

1221. Pour que la tutelle des ascendants ait lieu, il faut,

et 325 du Code sicilien, dans les mêmes termes que par notre Code.

A défaut de tutelle testamentaire, suivant le Code sicilien, le juge doit nommer pour tuteur, l'ascendant le plus proche, art. 281 à 283.

En Bavière, les ascendants sont de droit tuteurs légitimes à défaut de tutelle testamentaire, art. 6.

(1) Exposé des motifs; procès-verbal des discussions du 14 ventôse an XI.

(2) Projet du Code civil; procès-verbal du 24 vendémiaire an XI; Esprit du Code civil.

aux termes de l'article 402, le concours de deux circonstances :

La première, que le père et la mère soient décédés. Si l'un d'eux est vivant, quoiqu'il n'ait pas accepté la tutelle ou qu'il en ait été exclu, la tutelle des ascendants n'est pas admise ; alors la tutelle devient dative. Telle est l'opinion de Magnin n° 486, et de Dalloz aîné, t. 12, p. 707, n° 3; et c'est ce qu'ont jugé un arrêt de la Cour de cassation, du 26 février 1807, et un arrêt de la Cour de Toulouse, du 18 mai 1832 (1).

Il en est de même si la démission d'un tuteur légal est agréée par le conseil de famille (2).

1222. Une décision semblable doit être rendue si le tuteur nommé par le survivant des père et mère n'accepte pas ou est destitué. Car c'est seulement lorsqu'il n'a pas été choisi de tuteur par ceux-ci que la tutelle légitime appartient aux ascendants. Le choix d'un tuteur les exclut d'après le titre de la loi et même d'après son esprit. Car il peut faire présumer que le père, qui par son propre choix les avait exclus lui-même, avait contr'eux des motifs de répulsion, et dans ce cas aussi la tutelle devient dative (3).

1223. Parmi les ascendants le plus proche en degré de quelque ligne qu'il soit, devient toujours le tuteur légitime, à l'exclusion de l'ascendant le plus éloigné. Ainsi l'aïeul même maternel est préféré au bisaïeul paternel.

1224. Mais s'il existe deux ascendants du même degré, par exemple un aïeul paternel et un aïeul maternel, l'aïeul pa-

(1) Denevers, 7. 1. 156 ; et son continuateur Dalloz, 32. 2. 137 ; et Sirey, t. 32. 2. 470. V. aussi Duranton, t. 3, nos 417 et 451.

(2) Arrêt du 22 juillet 1835 ; D., 32. 2. 156 ; et Sirey, t. 35. 2. 405.

(3) Arrêt de la Cour de Rouen, 18 décembre 1839 ; S., 40. 2. 178 ; D., 40. 2. 87 ; arrêt de la Cour de cassat., du 27 novembre 1816 ; autre de la Cour d'Orléans, du 9 août 1817 ; S., 17. 1. 33; et 2. 422 ; D., 14. 1. 569.

V. Aussi Toullier, t. 2. 1107 ; Merlin, *verbo Tutelle*, Répertoire, section 2, § 2, art. 1er, n° 3 ; Duranton, t. 3, p. 441 et 451.—*Contrà*, Magnin, t. 1er, n° 478, et arrêt de Bruxelles, du 11 mars 1819 ;

ternel est préféré par la loi, et la même règle de préférence doit être observée en remontant.

L'article 403 prévoit un cas particulier.

« Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel, » la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants » de degré supérieur qui appartinssent tous deux à la ligne » paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui » des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père » du mineur. »

Cette règle est en harmonie avec celle de l'article précédent; les deux aïeuls étant de la même ligne, la loi veut qu'on remonte à un degré supérieur pour donner la préférence à l'ascendant paternel du père de l'enfant mineur.

L'article 404 règle un autre cas de concurrence, mais entre des ascendants qui sont tous deux de la ligne maternelle.

« Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de » la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil » de famille qui ne pourra néanmoins choisir que l'un des » deux ascendants. » Art. 404.

Dans le système du Code, la ligne paternelle étant la seule privilégiée, aucune préférence ne doit être accordée à l'un des bisaïeuls maternels sur l'autre. Il fallait cependant faire cesser le concours. Il n'y en avait pas d'autre que celui d'autoriser le conseil de famille à faire le choix, dans la confiance qu'il préférera toujours le plus capable.

Nous avons examiné les trois classes de tutelle qui sont la conséquence plus ou moins immédiate du mariage comme s'appliquant à des enfants légitimes.

Il est une autre classe plus étendue et d'une application beaucoup plus fréquente, savoir : la tutelle dative ou déférée par le conseil de famille. Nous ne nous en occuperons pas dans ce Traité. Ce serait nous écarter de notre plan ou trop en élargir les limites. Nous ne dirons rien aussi sur les fonctions des tuteurs, sur leur administration, leurs devoirs et leurs

droits. Cet examen exigerait un traité particulier et assez considérable.

Nous nous bornerons donc à faire observer que tous les tuteurs ont à peu près les mêmes obligations et sont soumis aux mêmes règles pour leur gestion, à la même surveillance d'un subrogé-tuteur et d'un conseil de famille, aux mêmes formalités pour tous les actes qui sortent du caractere d'une simple administration.

Passons au développement des obligations qui naissent du mariage entre les père et mère et leurs enfants.

Section II.

Des obligations qui naissent du mariage entre les ascendants et les descendants.

SOMMAIRE.

1225. *Deux obligations existent de la part des ascendants envers les descendants et réciproquement.*
1226. *Division.*

1225. Nous avons déjà examiné les obligations que le mariage établit entre les époux.

Celles qui existent de la part des pères et mères envers les enfants seront l'objet de cette section.

1226. Ces obligations sont de plusieurs sortes.

Celles qui résultent de la légitimation et de la puissance paternelle ont été précédemment développées.

Nous avons à nous occuper, 1° de celles de fournir aux besoins des descendants et à ceux des ascendants ; 2° de la portion héréditaire que la loi réserve aux descendants sur les biens de leurs ascendants et réciproquement. Deux paragraphes particuliers leur seront destinés.

---

§ Ier.

gation de fournir aux besoins des descendants et à ceux des ascendants.

SOMMAIRE.

voirs réciproques des ascendants et des descendants quant soins.
ivision.

1. La nature et la loi imposent aux ascendants et scendants des devoirs réciproques.
s ascendants sont tenus de protéger la faiblesse des auxquels ils ont donné le jour, de les nourrir, de etenir, de les élever, les descendants doivent aussi u secours de leurs ascendants qui sont dans la dé- et les soigner ou les faire soigner dans leur vieillesse infirmités.
3. Cette obligation réciproque reconnue chez tous les ne pouvait être oubliée par les législateurs français. ont senti qu'il ne suffisait pas qu'elle fût en quelque droit naturel, qu'il fallait encore que le droit civil crivît pour qu'elle ne fût pas négligée par l'indiffé- ou l'égoïsme. De là les dispositions des articles 203 ants du Code civil : les unes relatives aux obligations endants, les autres à celles des descendants.

ARTICLE PREMIER.

obligations des ascendants et notamment des père et mère.

SOMMAIRE.

es obligations des ascendants quant aux besoins des descen-
ivision.

9. « Les époux contractent ensemble, par le fait seul Art. 203.

» du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever
» leurs enfants (1).»

Cet article n'est que le résumé de plusieurs lois romaines.

Ipsum autem filium vel filiam, filios vel filias, et deinceps, alere patres necesse est, non propter hæreditatem, sed propter ipsam naturam, et leges quæ à parentibus alendos esse liberos imperaverunt. L. 5, Cod. *de bon. quæ lib.*

Non tantùm alimenta, verùm etiam cætera quoque onera liberorum patrem ab judice cogi præbere rescriptis continetur. L. 5, § 12, ff. *de agnosc. et alend. lib.*

« Parmi les obligations auxquelles le mariage soumet ceux qui le contractent, disait l'orateur Portalis, lors de

(1) L'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants est imposée par le Code sicilien d'abord au père, puis à l'aïeul, puis au bisaïeul et subsidiairement à la mère (art. 193), elle s'applique aux gendres et aux belles-filles et est réciproque, art. 195, 196;

Le Code de la Louisiane, art. 243 à 246 est conforme au Code Napoléon, art. 203 à 207;

L'art. 246 dit que le mot « *aliments* s'entend de ce qui est nécessaire » pour la nourriture, le logement et l'entretien de celui qui le réclame.
» Il comprend aussi l'éducation lorsque celui à qui les aliments sont » dus est un mineur; »

L'art. 116 du Code sarde est conforme à l'art. 203 de notre Code; mais il ajoute que le père est principalement chargé des frais d'entretien et d'éducation; s'il n'est pas en état d'y subvenir, ces frais sont à la charge de la mère ou de l'aïeul paternel ou de l'un et l'autre eu égard à leurs facultés. A leur défaut, ils sont à la charge des autres ascendants paternels et subsidiairement à celle des ascendants maternels;

L'art. 117 du Code sarde est conforme à l'art. 204 du Code Napoléon; mais il y est ajouté que la fille qui n'a pas suffisamment de biens propres a le droit d'être dotée par son père, à son défaut par l'aïeul paternel, subsidiairement par la mère;

Les art. 118 à 120 sont conformes aux art. 205 à 208 de notre Code.

Le Code vaudois a ses art. 103 à 113 conformes au Code Napoléon, art. 203 à 211;

Le Code hollandais a l'art. 159 comme l'art. 203 du Code Napoléon, et les art. 375 à 382 comme les art. 204 à 211;

Les art. 61, 232, 233 du Code prussien sont comme les art. 203, 205 et 204 du Code français. Mais ils ajoutent que « les enfants ont une ac- » tion à exercer contre leur père : le fils pour obtenir un établissement » et les filles pour une dot. »

l'exposé des motifs de la loi, la première, est celle de nourrir, d'entretenir et d'élever ceux auxquels on a donné le jour.

» Les aliments et l'entretien ont pour objet la conservation et le bien-être de la personne. L'éducation se rapporte à un avantage moral. »

Le principe ne pouvait être contesté. Aussi avait-il été présenté par la Commission et par la Section.

Mais on se débattit sur l'étendue de l'obligation que l'article impose au père.

On prétendait qu'un père ne devait pas d'aliments à son fils majeur ; qu'il n'était tenu que d'entretenir et d'élever ses enfants, et que ce devoir cessait lorsque l'enfant était élevé ; que c'était dans l'intention de restreindre l'obligation que la Section avait placé le mot *élever* après celui *entretenir;*

Qu'imposer formellement au père l'obligation de remplir ce devoir à l'égard du majeur, ce serait favoriser sa paresse ;

Que ce serait affaiblir et même détruire le respect filial, si le père et le fils étaient obligés de vivre ensemble après que ce dernier aurait été installé dans la maison paternelle par le ministère d'un huissier.

Mais ces considérations ne parurent pas devoir l'emporter sur le vœu de la nature.

On pensa qu'il n'y avait pas de circonstances qui pussent dispenser le père de fournir la subsistance à son fils dans le besoin ;

Que le premier bienfait de l'éducation dont on n'hésite pas à faire un devoir au père deviendrait un malheur de plus pour le fils s'il devait ensuite être abandonné à lui-même dans tous les cas.

Seulement on reconnut que les aliments devaient être proportionnés à la fortune du père qui les doit et à l'éducation de l'enfant qui en a besoin.

On proposa donc de consacrer le précepte, de ne pas le limiter et de laisser le juge l'appliquer suivant les circons-

tances ; et le principe fut modifié en ce sens par une disposition qui est devenue depuis l'art. 208 dont il sera ci-après parlé.

1230. L'obligation de fournir des aliments peut être considérée sous divers rapports :

On peut demander,

A qui sont dues des aliments, et quels sont ceux qui les doivent ?

Si la dette est solidaire ?

Quelle est son étendue ?

De quelle manière elle doit être acquittée ?

Quels sont les cas qui en affranchissent ?

Enfin si la créance pour aliments est saisissable ?

1re Subdivision.

A qui les aliments sont-ils dus et qui les doit ?

SOMMAIRE.

1231. *A qui sont dus des aliments ?*

1232. *Non-seulement les enfants, mais les gendres, les belles-filles, les petits enfants y ont droit.*

1233. *Il y a réciprocité d'obligation.*

1234. *Mais la belle-mère qui convole n'en doit pas, ni les alliés quand l'affinité cesse.*

1235. *Ils sont dus aux ascendants.*

1236. *Ils ne sont pas dus entre alliés au degré de petit-fils et d'ascendants.*

1237. *Ils sont dus entre les enfants naturels et leurs pères et mères, et entre les adoptifs et les adoptants.*

1231. Des aliments sont dus aux enfants, aux gendres, aux belles-filles, aux petits enfants.

L'art. 203 ne parle, il est vrai, que des enfants. Il ne dit rien des gendres et des belles-filles.

Art. 206. 1232. Mais on lit dans l'art. 206 que « les gendres et

» belles-filles doivent également et dans les mêmes circons-
» tances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère »

1233. Et dans l'article 207 que « les obligations résul- Art. 207.
» tant de ces dispositions sont réciproques. »

D'ailleurs les beaux-pères et les belles-mères, les gendres et les belles-filles, sont respectivement, *Loco patris et matris, filiæ et filii* (1).

Au reste, la réciprocité d'obligations, établie par la loi, est tellement formelle, qu'il ne peut à cet égard s'élever le moindre doute.

Seulement comme le dit la suite de l'art. 206, « l'obliga- Art. 206.
» tion cesse : 1° lorsque la belle-mère a convolé en se-
» condes noces; 2° lorsque celui des époux qui produisait
» l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre
» époux sont décédés. »

On remarque que le convol du beau-père ne détruit pas le droit réciproque, parce que celui-ci reste toujours chef de la famille, tandis que la belle-mère passe sous la puissance d'un second mari.

1234. Les raisonnements que nous venons de faire pour les gendres et les belles-filles, se présentent aussi à l'égard des ascendants.

Car aux termes de l'article 205 « les enfants doivent des Art. 205.
» aliments à leurs père, mère et *autres ascendants qui sont*
» *dans le besoin.* »

Et nous venons de voir que l'article 207 déclare les obligations réciproques.

Nous ajouterons que la Cour de Grenoble demandait une addition à l'art. 203 en faisant observer que l'équité naturelle et la justice veulent que les aliments soient fournis par tous les ascendants à leurs descendants pauvres et réciproquement; mais elle proposait de dire *que l'aïeul et l'aïeule ne doivent des aliments à leurs petits-enfants que lorsque les*

(1) Par le mot *belle-fille*, la loi entend l'épouse du fils et non la fille d'un second conjoint du père ou de la mère.

père et mère ne peuvent absolument en fournir. Il en est de même des aliments dus par les petits-enfants à leurs aïeuls et autres ascendants.

« L'addition réclamée n'a pas été faite, parce que, » dit Locré, « la contexture de l'article ne le comportait pas. » Mais il n'en résulte point que l'obligation ait été bornée » aux pères et mères. »

» D'abord le texte n'est pas exclusif : il n'exprime au» cune limitation. Ainsi dans le silence de la loi la ju» risprudence constante, qui étendait aux ascendants le » devoir de fournir des aliments conserverait sa force d'a» près les explications qui ont été données de l'art. 7 de » la loi du 30 ventôse an 12, quoique les tribunaux pus» sent s'en écarter sans craindre la cassation de leurs juge» ments. »

Locré ajoute que l'art. 205 suppose implicitement cette obligation en l'établissant pour les descendants, parce que ces sortes d'obligations sont de leur nature essentiellement réciproques.

Sans doute, il y a essentiellement réciprocité d'après la nature même de l'obligation; mais il y a aussi réciprocité d'après le texte de l'art. 207; et il y aurait violation de ce texte et par conséquent lieu à cassation contre un arrêt qui refuserait en principe les aliments demandés par le petit-fils à l'ascendant.

La réciprocité était aussi admise dans le droit romain; elle était ordonnée expressément par la novelle 117, ch. 7, *in fine*, dont voici les termes :

« *Quod de alendis matre et filiis indigentibus definivimus,* » *hoc quoque in omnibus ascendentibus, descendentibusque* » *personis utriusque naturæ valere præcipimus.* »

Domat, dans ses Lois civiles, en rappelant cette loi l'applique au droit français et enseigne « qu'en général c'est un devoir réciproque entre les ascendants et les descendants

que ceux d'entre eux qui en ont le moyen, fournissent les aliments à ceux qui en manquent (1). »

Telle est aussi sous le droit actuel l'opinion de Toullier et de Vazeilles; et ces opinions ont été consacrées par un arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1806, un arrêt de la Cour de Turin du 28 novembre 1807, un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 1807 (2).

Seulement les ascendants et les descendants ne se doivent les aliments que lorsque les parents plus proches, les père et mère et les enfants sont dans l'impuissance d'en fournir. Car en règle générale c'est l'héritier présomptif qui est tenu de la dette alimentaire; en vertu de la maxime *ubi emolumenta sunt, ibi onus esse debet* (3).

1236. Les alliés aux degrés de petits-fils et d'ascendants ne sont pas tenus des mêmes obligations les uns à l'égard des autres. Aucun article du Code ne les y soumet, et la discussion qui l'a préparé est aussi muette. Ce silence de la loi les autoriserait respectivement à se refuser des aliments. Cependant si l'indigence était absolue, l'équité et les convenances, les devoirs même de famille commanderaient, entre des alliés aussi proches, en ligne directe, des secours alimentaires.

1237. Des aliments sont aussi dus par un fils naturel à son père, par un adopté à l'adoptant (4). Mais ce devoir s'arrête au premier degré. Il ne passe pas aux degrés supérieurs. L'enfant naturel n'est pas de la famille des ascendants naturels. (Arrêt de cassat. du 7 juillet 1817, S., 17. 1. 289; D., 15. 1. 516.)

(1) Domat, L. civ., liv. 2, titre 2, sect. 2, n° 11.

(2) V. ces arrêts dans le Recueil de Denevers ou Dalloz, et notamment le dernier, soit dans ce Recueil, t. 7. 1. 509, soit dans celui de Sirey, t. 8. 1. 45.

(3) Pothier, du *Mariage*, n° 393; Toullier, t. 2, n° 613; Duranton, nos 389, 393.

(4) Arrêts de la Cour de cassation du 27 décembre 1808 et du 27 août 1811; Sirey, t. 9. 1. 110, et 12. 1. 13; D., 7. 2. 17; et 9. 1. 455.

La même réflexion s'applique à l'enfant adoptif.

2me Subdivision.

Solidarité de la dette.

SOMMAIRE.

1238. *La solidarité de la dette alimentaire est controversée. — Arrêts.*

1238. La solidarité de la dette alimentaire est très-contestée. En principe absolu cette solidarité n'existe pas. Car aucun texte de loi ne l'établit, et la solidarité ne se présume pas. (Art. 1202.)

Cependant les arrêts qui l'ont admise sont plus nombreux que ceux qui la rejettent.

Mais plusieurs de ces arrêts se sont fondés sur l'indivisibilité du besoin et sur son urgence, et ils ont décidé que le créancier des aliments pouvait s'adresser pour le tout à un seul des enfants débiteurs sauf à celui-ci à réclamer contre les autres leur part contributive de la dette commune. C'est ce qu'a jugé la Cour de Riom par arrêt du 15 mars 1830 (1).

3me Subdivision.

Etendue de la dette.

SOMMAIRE.

1239. *De l'étendue de la dette et qu'entend-on par le mot aliment?*
1240. *Il y a deux sortes de nécessaires, l'absolu et le relatif.*
1241. *La position sociale du demandeur et du défendeur et les ressources de celui-ci doivent être appréciées pour la fixation de la dette.*

1239. L'étendue de la dette alimentaire doit être réglée

(1) Sirey, 33. 2. 571; D., 33. 2. 125. Voir sur la question Rousseau-Lacombe, *verbo Aliments*, le nouveau Denizart, *ibid*; Proudhon, t. 1er p. 255; Curasson, Compétence des juges de paix, t. 2, no 13.

conformément à l'article 208 du Code civil, selon lequel,

« Les aliments ne sont accordés que dans la proportion » du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui » qui les doit » Art. 208.

Sous le nom d'aliment sont compris, d'après le droit romain, le logement, la nourriture, l'entretien. *Cibaria et habitatio et vestitus debebuntur quià sine his ali corpus non potest*, L. 6, ff. *de alim.*

Le Code civil par l'article 203 y ajoute, pour les enfants, l'éducation qui est la nourriture de l'âme (1).

1240. Pour déterminer l'étendue que l'obligation comporte, voici comment s'expliquait Portalis dans l'exposé des motifs de la loi :

« Les aliments comprennent tout ce qui est nécessaire ; mais il faut distinguer deux sortes de nécessaires : l'absolu et le relatif. L'absolu est réglé par les besoins indispensables de la vie ; le relatif par l'état et les circonstances. Le nécessaire relatif n'est donc pas égal pour tous les hommes ; l'absolu même ne l'est pas. La vieillesse a plus de besoins que l'enfance, le mariage que le célibat, la faiblesse que la force, la maladie que la santé.

» Les bornes du nécessaire absolu sont fort étroites. Un peu de justice et de bonne foi suffisent pour les connaître. A l'égard du nécessaire relatif il est à l'arbitrage de l'opinion et de l'équité. »

Il faut ajouter à ces observations que le juge doit apprécier non-seulement les besoins de celui qui réclame, mais encore les facultés de celui qui refuse.

Cette appréciation est sans doute difficile, parce que trop souvent tout est simulation dans les exposés. L'un exagère sa misère ; l'autre affaiblit ses ressources. Entre ces deux extrêmes la réflexion, préparée par un examen attentif, pourra conduire le juge à découvrir la vérité et à être juste.

(1) Voir l'article 246 du Code de la Louisiane à la note sur l'article 203.

Mais la résistance du défendeur doit être justifiée par lui. Comment, en effet, le demandeur prouverait-il qu'il n'a aucun moyen de subsistance? Il ne peut qu'alléguer le fait négatif. C'est à celui qui conteste à établir le fait positif (Arrêt du 23 février 1813, Cour de Colmar) (1).

1241. La position sociale, l'éducation reçue doivent être consultées pour l'appréciation des aliments dus. L'enfant de l'ouvrier, auquel son père a fait donner une éducation qui le sort de la classe où il était né, a de plus grands besoins relatifs et doit obtenir des secours plus considérables que s'il était resté simple ouvrier; et ses parents qui l'ont eux-mêmes fait sortir de sa condition première ne peuvent se plaindre des nouvelles charges qui leur sont imposées.

Si le demandeur a quelques ressources ou dans ses revenus personnels ou dans ses travaux, il ne doit obtenir que le complément de son nécessaire absolu ou relatif.

Si les parents de l'enfant qui réclame lui ont donné une éducation suffisante pour qu'il puisse fournir lui-même à ses besoins par ses travaux, ou son industrie, ils ne lui doivent plus d'aliments.

Celui dont les biens sont soumis à l'usufruit légal de son père ou de sa mère a dans les charges même qui sont les conditions de cet usufruit, un titre de plus pour obtenir ce qui lui est nécessaire soit pour sa nourriture et son entretien, soit pour son éducation.

Au reste, la fixation des aliments est laissée par la loi à la discrétion des tribunaux qui doivent les régler d'après les circonstances, et leurs décisions reposant sur des points de fait plutôt que sur des points de droit, échappent à la censure de la Cour de cassation (2).

(1) D., t. 12. 2. 13; Sirey, 14. 2. 3.
(2) Arrêt du rejet du 14 germinal an 13; S., 5. 1. 285; D., 3. 2. 120.

4me SUBDIVISION.

Mode du payement de la dette.

SOMMAIRE.

1242. *Le mode de payement de la dette alimentaire doit différer selon la qualité du demandeur.*
1243. *Doit-on admettre l'offre du défendeur de fournir des aliments dans sa maison? — Arrêts.*
1244. *Le droit à des aliments n'autorise pas à réclamer un capital mobilier même pour établissement par mariage.*
1245. *Droit ancien, romain et français, sur la question.*

1242. Le mode de la prestation des aliments doit différer selon la qualité des personnes à qui ils sont dus et selon les autres circonstances.

Des enfants célibataires peuvent être tenus de venir les recevoir dans la maison de leurs père et mère ou des autres ascendants.

Cela doit avoir lieu surtout lorsque le débiteur des aliments prouve qu'il est dans l'impuissance de payer la pension alimentaire. C'est ce que délare les art. 210 et 211 du Code civil.

« Si la personne qui doit fournir les aliments justifie » qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal » pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle re- » cevra en sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra » celui auquel elle devra des aliments. » Art. 210.

« Le tribunal prononcera également si le père ou la mère » qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa de- » meure, l'enfant à qui il devra des aliments, devra, dans » ce cas, être dispensé de payer la pension alimentaire. » Art. 211.

1243. L'art 210 s'applique à tous les cas, aux pères et mères et aux autres ascendants auxquels des aliments sont dus comme aux enfants.

Cet article n'a fait, au reste, qu'ériger en loi la jurisprudence reçue.

La règle générale était qu'une pension alimentaire fût payée.

« La faculté de recevoir en sa demeure, de nourrir et » d'entretenir celui auquel les aliments sont dus, n'était ad- » mise que dans le cas où celui qui les devait ne pouvait » payer la pension. Cette jurisprudence avait pour objet » d'empêcher que le père, à qui seul alors les aliments » étaient accordés, ne les reçût d'une manière trop pé- » nible (1). »

Cette jurisprudence doit être observée aujourd'hui; les tribunaux ne doivent admettre qu'avec la plus grande circonspection les enfants à user de la faculté de recevoir dans leur demeure et de nourrir et entretenir leurs pères et mères et leurs autres ascendants au lieu de leur payer une pension alimentaire. Il faut que l'impossibilité du service de la pension soit bien constatée pour autoriser de la part des enfants une telle option. Des pères et mères, des ascendants ne doivent pas être légèrement exposés aux mouvements d'humeur, aux humiliations, aux reproches qu'ils éprouveraient peut-être en recevant dans la demeure même de leurs enfants le pain de la charité.

Les inconvénients sont moins graves pour les enfants ou les petits-enfants qui réclament des aliments. Le respect et la soumission qu'ils doivent à leurs ascendants et l'infériorité de leur âge doivent leur faire supporter avec plus de facilité ou de résignation quelques tracasseries que l'affection paternelle adoucit ordinairement.

Cependant s'ils étaient mariés, on ne pourrait exiger qu'ils les fissent subir à de jeunes épouses ou à des gendres; et une pension alimentaire devrait être accordée à moins qu'une impossibilité absolue de la payer ne fût bien constatée.

(1) Procès-verbal des discussions du Code civil du 3 vendémiaire an 6, t. 1er, p. 286. Esprit du Code civil sur les articles cités.

Cette dernière observation s'applique aussi au cas prévu par l'art. 211.

Par cet article le pouvoir discrétionnaire des magistrats est beaucoup plus large que dans le précédent. Cette extension fut l'effet d'une réflexion faite par le tribun Emery.

« Il faut, dit-il, que le père puisse offrir à son fils de le recevoir dans sa demeure et à sa table; autrement et si le père devait au fils des secours pécuniaires, celui-ci les dissiperait à mesure qu'ils lui seraient payés et reviendrait sans cesse faire valoir ses droits. »

La proposition fut adoptée et donna lieu à l'art. 211, mais avec la modification de laisser au tribunal à ordonner, selon les circonstances, ou l'acceptation des offres ou le payement d'une pension alimentaire.

Car il est telle position qui ne permet pas à un fils d'aller recevoir en nature chez son père des aliments qu'il réclame;

Si, par exemple, il est marié, il doit rester avec son épouse;

Ou si étant veuf, il a lui-même des enfants, il ne peut pas les abandonner;

Si même étant célibataire, il a quitté la maison paternelle pour se soustraire à de mauvais traitements, il serait injuste de l'obliger d'y rentrer.

En un mot, s'il y avait des inconvénients, surtout mutuels, à la vie commune, les tribunaux, en les reconnaissant dans leur sagesse, rejetteraient l'offre et accorderaient la pension.

C'est ce que la raison indique, c'est ce que l'équité commande, c'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêts, savoir : un arrêt de la Cour de cassation du 14 germinal an 13 dans le cas d'un fils qui était père lui-même; un arrêt de la Cour d'Aix, du 3 août 1807, dans une espèce où le fils avait reçu de son père de mauvais traitements; un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 20 juin 1832, relatif à une fille qui ne

pouvait pas rester dans la maison de ses père et mère sans des inconvénients mutuels (1).

A plus forte raison doit-on le décider ainsi contre un aïeul qui, pour se soustraire à payer une pension alimentaire à son petit-fils, offrirait de le recevoir chez lui et voudrait ainsi le séparer de sa mère. (Arrêt de la Cour de Paris, du 2 août 1806; autre de la Cour de Turin, du 28 novembre 1807 (2).

A ce dernier cas, au reste, s'applique l'art. 210 qui n'accorde pas en termes aussi exprès que l'article 211 la faculté d'offrir des aliments en nature pour en éviter le payement en argent.

La condamnation judiciaire au payement de la pension alimentaire produit en faveur du créancier une hypothèque sur tous les immeubles du débiteur, et fournit ainsi à celui-ci un gage pour la garantie des aliments qui lui sont dus.

1244. Mais si le débiteur ne possède aucun immeuble, quelles sont les mesures de sûreté qui pourront être prises?

Un arrêt de la Cour d'Angers, du 25 février 1829, a ordonné dans ce cas qu'un capital mobilier serait placé ou déposé par un enfant pour fournir au service de la pension alimentaire qu'il devait à son père. (Sirey, 29. 2. 187; D., 27. 2. 53.)

Ce moyen est rigoureux. Les circonstances pouvaient l'autoriser dans l'espèce de l'arrêt. Mais cet exemple ne doit être que très-rarement suivi. Car il aggrave l'obligation du débiteur des aliments.

Au reste, le droit de réclamer des aliments, hors même de la maison paternelle, ne comprend pas celui d'exiger un

(1) V. ces arrêts dans le Journal de Denevers ou Dalloz, t. 3. 2. 120; 32. 2. 35, et dans le Dictionnaire de jurisprudence de Dalloz aîné, t. 1, p. 336 et 338. V. aussi l'arrêt de Bordeaux dans le Journal de Sirey, t. 32. 2. 468. V. aussi sur la question Duranton, t. 2, n° 415, et Toullier, t. 2, n° 613, note 3.

(2) Recueil de Dalloz, t. 1. 102.

mobilier ou des frais de premier établissement. (Arrêt du 20 juin 1832, Cour de Bordeaux, rapporté par Sirey, 32. 2. 467-468.)

Car il ne faut pas confondre des aliments annuels et qui peuvent cesser si la position de l'enfant s'améliore avec l'abandon d'un capital mobilier qui pourrait être dissipé par le fils, le laisser sans ressources pour l'avenir, et obliger le père dans la suite à lui fournir des aliments.

La lettre et l'esprit de la loi seraient également blessés par une telle confusion.

Aussi pour la prévenir a-t-elle posé dans l'article 204 une règle spéciale qui refuse à l'enfant toute action contre son père pour son établissement.

« L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour » un établissement par mariage ou autrement (1). » Art. 204.

Cette disposition avait été proposée par la Commission du Code civil, et par la Section du Tribunat.

1245. Elle était en opposition avec le droit romain, surtout avec la loi *Julia* qui mettait une différence entre les garçons et les filles en refusant aux garçons une action contre leur père pour leur établissement par mariage, et en l'accordant aux filles parce que celles-ci n'avaient en général que ce moyen là pour s'établir, tandis que les garçons s'établissaient de plusieurs manières.

On invoquait la faveur des mariages qui prévenaient la corruption des mœurs. On argumentait de la jurisprudence des pays de droit écrit qui s'étendait sur une grande partie de la France.

On demandait qu'au moins cette jurisprudence ne fût pas formellement proscrite, et que la loi nouvelle gardât le silence.

Mais les règles et la jurisprudence des pays de coutume

(1) Disposition contraire au Code prussien dont les art. 232 et 233 autorisent l'action des enfants contre le père pour obtenir un établissement ou une dot.

étaient en opposition avec celles du droit écrit sur la question. Il était donc indispensable que le Code civil la décidât afin de rendre la législation uniforme.

On fit observer que la loi *Julia* était l'œuvre des empereurs romains; que l'action qu'elle autorise était inconnue tant que Rome conserva ses mœurs républicaines; que le but de la loi *Julia* était d'affaiblir la puissance paternelle si honorée sous la république; qu'en effet, lorsque l'action était présentée, le père ne pouvait se dispenser de fournir son bilan afin qu'on déterminât *dotem congruam*; que rarement aussi on avait fait usage de cette action; qu'enfin elle ouvrirait une guerre entre le père et la fille, celui-ci étant intéressé à dissimuler et à déguiser sa fortune.

Le Conseil d'État adopta l'article proposé (1).

Cependant comme cette loi nouvelle n'a pu avoir d'effet rétroactif, la Cour de Toulouse a jugé, le 12 frimaire an 12, qu'une fille mariée dans l'ancien ressort de ce parlement, et avant l'émission du Code civil, avait pu depuis exercer contre son père une action pour l'obliger à lui constituer une dot (2).

5me Subdivision.

Extinction de la dette.

SOMMAIRE.

1246. *Comment s'éteint la dette alimentaire dans les cas généraux?*
1247. *Cas spéciaux d'extinction.*
1248. Quid *si la belle-mère devient veuve?*
1249. *Le convol de la belle-mère éteint-il l'action des gendres et des belles-filles contr'elle?*
1250. *Le droit est-il éteint par l'inconduite ou l'indignité de celui qui réclame?*

(1) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 204.
(2) V. l'arrêt dans le Recueil de Sirey, t. 4. 2. 67.

1251. Quid *de la mort civile ?*
1252. *La mort du débiteur des aliments les fait-elle cesser ?*
1253. *Les règles ci-dessus applicables à toutes pensions alimentaires résultent de la loi. — Les dons de rentes viagères se règlent par l'acte.*

1246. La loi ne détermine pas de cas spéciaux où la pension alimentaire peut être refusée ou doit cesser. Elle parle seulement dans l'article 209 de l'état de gêne qui pourrait survenir au débiteur et de l'aisance que pourrait acquérir le créancier.

« Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des ali- Art. 209.
» ments est replacé dans un état tel que l'un ne puisse plus
» en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou
» en partie, la décharge ou réduction peut être demandée. »

C'est par une action judiciaire que la demande doit en être faite, et c'est aux tribunaux à prononcer, d'après les nouvelles circonstances, la décharge ou la réduction de la pension alimentaire. Mais pendant l'instance elle doit être servie, le premier jugement conservant sa force et son exécution provisoire. (Code de procédure, art. 135.)

1247. L'article 206, après avoir déclaré que les gendres et belles-filles doivent également et dans les mêmes circonstances des aliments à leurs beaux-pères et belles-mères, prévoit deux autres cas de cessation de la pension due par un gendre ou une belle-fille à son beau-père ou à sa belle-mère. Voici ses termes :

« Mais cette obligation cesse, Art. 206.
» 1° Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces;
» 2° Lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et
» les enfants issus de son union avec l'autre époux sont dé-
» cédés. »

Le premier cas s'applique seulement à la belle-mère. Le beau-père qui se remarie n'est pas compris dans la privation.

Cette distinction a été déterminée, comme nous l'avons

déjà dit, par l'observation que le beau-père qui se remarie continue de rester dans la famille ancienne, dont il est toujours le chef, quoiqu'il devienne aussi celui d'une nouvelle famille.

Au contraire, la belle-mère qui se remarie passe dans une autre famille dont elle n'est que partie intégrante, puisque son second mari, sous la puissance duquel elle se trouve elle-même, en est le chef (1).

Cette disposition a été critiquée sous un double rapport.

Premièrement, il a paru peu juste qu'une belle-mère, qui dans sa nouvelle famille ne trouverait pas de moyens suffisants de subsistance, fût privée du droit de demander des secours alimentaires à sa belle-fille et à son gendre.

L'on s'est demandé de plus si la règle ne fléchirait pas en faveur de la belle-mère devenue veuve et restée sans ressources.

On peut répondre que la règle peut présenter, dans certains cas, quelque chose qui répugne à l'équité et qui blesse les devoirs de la piété filiale.

Mais le législateur a dû disposer pour les cas généraux, pour ce qui arrive ordinairement. Il n'a pas dû entrer dans l'examen de toutes les exceptions que pourraient exiger des circonstances particulières. Il a dû laisser aux tribunaux le soin de se fixer sur ces circonstances et d'adoucir la rigueur de la loi si les besoins étaient urgents et absolus.

La règle générale, d'ailleurs, était commandée par la considération que les aliments, que recevrait la belle-mère remariée, pourraient être détournés de leur destination et être employés aux besoins du second mari et de la nouvelle famille.

Au reste, la belle-mère qui a passé à de secondes noces a dû s'attendre aux conséquences de sa nouvelle union et n'a pas à se plaindre si la loi l'a assimilée à l'égard de son

(1) Locré, Esprit du Code civil sur l'art. 206.

gendre, de sa belle-fille, à une étrangère, elle qui s'est rendue telle, elle-même, en entrant dans une autre famille.

1248. La dissolution du second mariage, surtout s'il n'y avait pas eu d'enfants, en rétablissant, en quelque sorte, la belle-mère dans sa première position, devrait, il semble, lui faire recouvrer son ancien droit à des aliments qui lui seraient nécessaires.

Cependant on ne doit pas dissimuler que les termes de l'art. 206 sont si clairs et si positifs que ce ne serait pas sans quelque difficulté et sans s'écarter de leur texte et même de leur esprit, que, dans ce dernier cas même, les tribunaux alloueraient à la belle-mère devenue veuve des aliments contre son gendre ou sa belle-fille.

Au reste, la disposition de l'article est restreinte à ceux-ci. Le droit subsiste en faveur de la mère remariée contre ses enfants et contre ses petits-enfants, et par conséquent contre l'épouse du gendre, contre le mari de la belle-fille.

Et la condamnation obtenue contre ceux-ci réfléchissant nécessairement sur leurs conjoints, rendra le plus souvent sans application la déchéance prononcée par l'art. 306.

1249. Ce qu'il y a peut-être de moins équitable dans cet article, c'est la conséquence qu'on peut en tirer contre le gendre et la belle-fille en faveur de la belle-mère.

Car il est impossible de se dissimuler qu'il y a réciprocité de dispense. La réciprocité établie par l'article 207 pour l'obligation entraîne aussi nécessairement réciprocité pour l'extinction de la dette. Et un gendre, une belle-fille se trouveraient ainsi privés d'un droit par un fait qui leur est étranger, et en quelque sorte par la faute même de celle qui profiterait de la dispense.

Mais l'injustice apparente ou réelle de ce résultat sera encore affaiblie par le droit qu'auront toujours l'épouse du gendre, le mari de la belle-fille de réclamer des aliments contre leur mère et par celui qu'auraient le gendre, lui-même et la belle-fille, d'en réclamer pour leurs enfants s'ils étaient mineurs et dans l'indigence.

Quant à la seconde disposition de l'art. 206, elle est l'effet inévitable de l'extinction de l'affinité. *Cessante causâ, cessat effectus.*

1250. Aux causes de déchéance déterminées par la loi doit-on en ajouter d'autres produites par les événements, telles que l'inconduite, l'indignité, la mort civile?

La loi se tait sur les deux premières causes, et de son silence il faut conclure qu'elles ne doivent pas être admises. Car la déchéance est une peine et les peines ne se suppléent pas.

Ainsi quelque graves que soient les torts d'un fils envers ses père et mère, ceux-ci ne peuvent lui refuser des aliments. Arrêt de la Cour de Colmar, du 7 août 1813.

De même le mariage contracté par un enfant sans le consentement de son père ne lui enlève pas le droit que lui accordent la nature et la loi à une pension alimentaire, c'est-à-dire à des secours annuels proportionnés à ses besoins et aux facultés du père. (Arrêts du 7 août 1808, Cour de cassation; autre du 19 janvier 1811, Cour de Bruxelles; autre du 25 avril 1828, Cour de Caen (1).

Une question plus difficile a divisé les jurisconsultes. Des aliments sont-ils dus à l'enfant qui se serait rendu coupable de faits dont le caractère le rendrait indigne de succéder? (V. l'art. 727 du Code civil.)

Duranton, n° 385, Roland de Villargues, *verbo Aliments*, n° 9, pensent que la réclamation de l'enfant doit être rejetée; ils s'appuient sur la loi 5, § 11, ff. *de agnos. et alend. lib.* et se fondent sur l'inconséquence qu'il y aurait à condamner le père à fournir des aliments à celui qu'il a le droit d'exhéréder.

Mais ces auteurs ne se sont-ils pas trop laissés entraîner par

(1) V. ces arrêts dans le Journal de Dalloz, 8. 1. 583; 12. 2. 42; 30. 2. 153. V. aussi sur ces questions, Duranton, t. 2, n° 384; Toullier, n° 614; Vazeilles, n° 482; Lacombe, au mot *Aliment*, sect. 1re, est d'une opinion contraire.

leur juste indignation contre les crimes du fils, et n'ont-ils pas confondu avec un autre cas prévu par la loi celui bien différent dont ils s'occupaient?

Le droit à la succession et le droit à des aliments sont essentiellement différents.

Qu'un père, dans sa colère légitime, ou que la loi pour lui, prive un fils criminel de toute participation à ses biens, cela se conçoit; la loi y autorise et le père qui en déploie la rigueur ne doit pas être témoin de l'application de la peine.

Mais que pendant sa vie même, un père livre à la misère, aux angoises de la faim ou aux humiliations de la mendicité, sous ses propres yeux, son malheureux enfant, quelque coupable qu'il soit, la nature se révolte, l'équité s'indigne, et la loi étant muette il est impossible que les tribunaux refusent des aliments.

Ce refus, d'ailleurs, n'enfoncerait-il pas de plus en plus dans le crime l'enfant réduit au désespoir, et ne doit-on pas tâcher de le ramener à un salutaire repentir par les secours de la bienfaisance paternelle?

Le repousser impitoyablement ce serait tout à la fois créer une peine illégale et blesser toutes les lois divines et morales.

1251. La mort civile du créancier des aliments serait en droit rigoureux une cause de privation. Car par une fiction légale le mort civilement est réputé mort pour sa famille comme pour la société entière.

Cependant celui qui est frappé de mort civile peut recevoir un legs d'aliments. (Code civil, art. 25.)

Les rentes viagères ne sont pas aussi éteintes par la mort civile; elles subsistent jusqu'à la mort naturelle. (Code civil, art. 1982.)

Le droit aux aliments est également un droit viager, et par une analogie exacte il doit être maintenu tant que dure la vie naturelle.

D'ailleurs, ce droit, attribué par la loi au créancier des

aliments, est la conséquence d'un devoir imposé par la nature au débiteur.

Comment la mort civile, qui n'est qu'une fiction, pourrait-elle le détruire, malgré la réalité des besoins? N'y aurait-il pas de l'impiété à refuser des aliments à un père, à un fils qui gémissent sous une condamnation emportant mort civile? Et ne serait-ce pas même le frapper de mort naturelle? *Necare videtur qui alimonia denegat.* L. 4, ff. *de agn. et al. lib.* La Cour de Paris a décidé la question en faveur du condamné à la mort civile. Son arrêt est rapporté dans le Recueil de jurisprudence de Dalloz aîné, tome 1er, p. 342 (1).

Mais comment se pourvoira le condamné pour obtenir des aliments, lui qui ne peut ester en jugement? (Code civil, art. 25.)

On lui fera nommer un curateur qui procédera pour lui en justice?

1252. La pension alimentaire imposée au fils doit se continuer même après sa mort en faveur du père qui l'a obtenue; c'est une dette qui frappe sa succession si elle a été réclamée de son vivant. Cette doctrine approuvée par la raison, est enseignée par Rousseau-Lacombe dans l'ancien droit, par Duranton et Proudhon dans le nouveau. Elle a été consacrée par un arrêt de la Cour de Nancy, du 13 novembre 1824, dans une espèce, il est vrai, où il y avait eu un jugement de condamnation, et où l'épouse du fils condamné avait été nommée par lui sa légataire universelle.

Mais la décision eût été la même sans doute abstraction faite de cette circonstance.

Cependant, selon Zachariæ, t. 3, § 552, note 10, la succession n'est passible de la continuation des aliments que lorsque le défunt en a déjà payé.

Mais cette distinction ne paraît pas juste. Dès que la de-

(1) V. dans le même sens, Duranton, t. 1er no 255 et la Table tricennale de Sirey, *verbo Aliments*, nos 7 et 23.

mande est formée le droit est acquis. Aussi Delvincourt et Duranton sont-ils d'une opinion contraire à celle de Zachariæ (1).

1253. Tout ce que nous avons dit dans ce paragraphe doit s'appliquer aux pensions alimentaires qui ont été réglées par une convention, non à titre de pure libéralité, mais en exécution du droit que l'on avait de les exiger. Il importe peu, en effet, que les aliments aient été accordés pour éviter une demande, ou obtenus par une condamnation. Dans l'un et l'autre cas ils ne sont que l'effet de l'obligation imposée par la nature et par la loi. On doit donc leur appliquer toutes les modifications et les causes d'extinction que la loi autorise.

Il en serait autrement d'une pension viagère même causée pour aliments qui aurait été constituée par une pure libéralité. Le don devrait s'exécuter conformément au contrat, et la pension ne devait ni s'éteindre ni être affaiblie, quelque prospère que fût devenue la fortune du créancier, et quelqu'altération qu'eût éprouvée la fortune du débiteur.

6me Subdivision.

Inaliénabilité et insaisissabilité de la dette.

SOMMAIRE.

1254. *La créance alimentaire est-elle aliénable ou saisissable?*
1255. Quid *relativement aux pensions alimentaires données sans condition par actes entre-vifs ou testamentaires?*
1256. Quid *relativement aux pensions viagères ordinaires?*
1257. *Ou à celles réservées par un vendeur ou un donateur?*

1254. Le droit à des aliments, attribué par la loi aux as-

(1) V. sur cette question et la précédente, Lacombe, *verbo Aliments*; Duranton, t. 2, n° 407; Proudhon, *Usufruit*, n°s 1818 et 1819; Delvincourt, sur l'art. 206; Recueil de Dalloz jeune, t. 33. 2. 48.

cendants et aux descendants, tient à l'ordre public qui est intéressé à l'existence de chacun des membres du corps social, et par conséquent à ce que chacun conserve les droits qu'il tient de la loi pour se procurer les moyens d'exister.

De là on doit conclure qu'il n'est pas permis de renoncer, soit à titre gratuit soit moyennant un prix, aux aliments qu'on pourrait être, un jour, dans la nécessité de réclamer.

Toute transaction sur des aliments futurs, toute renonciation au droit d'en exiger dans ses besoins, seraient essentiellement nulles comme contraires aux lois de la nature et aux prescriptions de la loi civile; de telles conventions seraient sans force contre une demande d'aliments qui serait justifiée par l'indigence et les besoins (1).

Mais on peut transiger sur les arrérages échus de la pension alimentaire qu'on a obtenue. On peut, par conséquent, aliéner ces arrérages; le droit de les toucher emporte nécessairement celui de les vendre. D'ailleurs ils ne sont plus nécessaires pour l'existence, *non vivitur in præteritum.* (V. aussi L. 8 au Code *de transactionibus.*)

1255. Ces principes ne s'appliquent cependant pas aux pensions alimentaires données par actes entre-vifs ou testamentaires, lorsque, d'ailleurs, le donateur n'y a pas attaché la condition d'inaliénabilité. Ces sortes de pensions sont disponibles comme les biens ordinaires. (Argument de l'art. 1982 du Code.) C'est ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de cassation, du 22 février 1831, rapporté soit par Sirey, soit par Dalloz. Ce cas diffère de celui de la saisie (2).

Inaliénables de leur nature, les aliments dus en vertu de la loi sont par cela même insaisissables. Car le droit de les saisir de la part des créanciers de la personne à qui ces aliments sont dus supposerait dans cette personne la faculté de les affecter au payement de ses propres dettes, et par

(1) Duvergier, *Vente*, t. 1. 214; Troplong, *ibid.*, t. 1, n° 227; Duranton, t. 16, nos 165-166.

(2) Sirey, 31. 1. 107; D., 31. 1. 102.

conséquent de les aliéner ; et nous venons de prouver que l'aliénation en était interdite. Au reste, l'article 581 du Code de procédure déclare insaisissables toutes sommes ou pensions pour aliments même lorsque le titre de libéralité est muet. La raison en est qu'en indiquant la destination du don ou du legs, son auteur a suffisamment manifesté son intention d'interdire la saisie de la chose qu'il donnait, et la saisie détruirait cette destination.

1256. Mais ce privilége ne s'applique pas aux pensions viagères ordinaires qui n'ont été ni constituées pour aliments ni déclarées insaisissables par le titre. (V. Code civil, article 1982.)

1257. Il s'appliquerait moins encore aux pensions qu'un vendeur ou un donateur se réserverait pour lui-même comme prix ou condition de la chose vendue ou donnée. On ne peut pas ainsi affranchir soi-même ses propres biens de la main-mise de ses créanciers, et les priver d'une partie de leur gage (V. l'art. 2092.) Une telle condition ne peut être attachée qu'à la libéralité que fait un tiers, parce que dans ce dernier cas les créanciers du donataire n'ont pas à se plaindre d'une condition qui ne les prive d'aucun droit, le donateur pouvant ne rien donner à leur débiteur.

ARTICLE II.

Des obligations des descendants envers les ascendants quant aux besoins.

Nous avons dit au commencement du paragraphe premier de cette section que les obligations des ascendants et des descendants, quant à leurs besoins, étaient réciproques.

Cette réciprocité est tellement caractérisée par la loi, qu'en traitant dans l'article 1er du paragraphe des obligations des ascendants à l'égard des descendants quant aux besoins de ceux-ci, nous avons été dans la nécessité de

nous occuper en même temps des obligations imposées par la loi aux descendants pour soulager les ascendants dans leur pénurie; en sorte que les questions que nous avons examinées dans l'article 1er se renouvelleraient aussi dans cet article 2. Il serait inutile de les répéter ici. Il doit suffire de renvoyer au précédent article et aux six subdivisions dans lesquelles ces questions ont été discutées et résolues.

---

§ II.

De la réserve légale.

SOMMAIRE.

1258. *Des différents systèmes sur la faculté de disposer de ses biens après sa mort.*
1259. *Des législations anciennes et modernes sur cette faculté.*
1260. *Des réserves légales dans le droit actuel. — Division du paragraphe.*

1258. Deux systèmes sur la transmission des biens au décès du propriétaire ont été mis en présence par les jurisconsultes.

« Les uns ont prétendu que l'ordre primitif et fondamental de cette transmission des biens était celui des successions *ab intestat*, et que si l'homme a quelque pouvoir de disposer pour le temps où il n'existera plus, c'est un bienfait de la loi, c'est une portion de son pouvoir qu'elle lui cède, en posant les bornes qu'il ne peut excéder, et les formes auxquelles il est assujetti; que la transmission successive des propriétés n'aurait pu être abandonnée à la volonté de l'homme, volonté qui n'eût pas toujours été manifestée, qui souvent est le jouet des passions, qui trop variable n'eût point suffi pour établir l'ordre général que le maintien de la société exige et que la loi seule peut calculer sur des règles équitables et fixes.

» Ce système est combattu par d'autres publicistes, qui

le regardent comme pouvant ébranler les fondements de l'ordre social, en altérant les principes sur le droit de propriété. Ils pensent que ce droit consiste essentiellement dans l'usage que chacun peut faire de ce qui lui appartient ; que si sa disposition ne doit avoir lieu qu'après sa mort, elle n'en est pas moins faite pendant sa vie ; et qu'en lui contestant la liberté de disposer, c'est réduire la propriété à un simple usufruit.

» Au milieu de ces discussions il est un guide que l'on peut suivre avec sûreté : c'est la voix que la nature a fait entendre à tous les peuples et qui a dicté presque toutes les législations.

» Les liens du sang, qui unissent et qui constituent les familles, sont formés par les sentiments d'affection que la nature a mis dans le cœur des parents les uns pour les autres. L'énergie de ces sentiments augmente en raison de la proximité de parenté, et elle est portée au plus haut degré entre les pères et mères et leurs enfants.

» Il n'est aucun législateur sage qui n'ait considéré ces différents degrés d'affection comme lui présentant le meilleur ordre pour la transmission des biens. »

Tel était le langage de l'orateur Bigot-Préameneu, en présentant au Corps législatif la loi sur les donations et les testaments. Ce langage fait connaître les motifs qui ont dicté les restrictions à la faculté indéfinie de disposer gratuitement de ses biens, et qui, par un sage tempérament, ont concilié les droits de la nature avec ceux de la propriété.

1259. La faculté de disposer, renfermée dans de justes bornes, a été consacrée par les lois de presque tous les peuples.

Elle était admise chez les Egyptiens.

On la retrouve à Athènes, à Lacédémone et dans toutes les contrées de la Grèce.

Elle fut adoptée chez les Romains au retour des députés qu'ils avaient envoyés à Athènes pour en rapporter des lois ;

et elle y acquit bientôt une telle faveur qu'il y avait une espèce de flétrissure à mourir sans avoir fait de testament.

Elle était connue aussi dans les Gaules, ainsi que nous l'attestent les formules de Marculphe.

Aujourd'hui elle fait partie de la législation de tous les peuples de l'Europe.

Autrefois en France on distinguait les pays de droit écrit de ceux de coutume; mais dans les uns comme dans les autres, s'il était permis de disposer de ses biens, on devait, au moins, en réserver une partie à ses descendants ou à ses ascendants. Cette partie réservée s'appelait légitime comme étant attribuée par la loi aux héritiers qu'on avait reçus de la nature.

Dans presque tous les pays de droit écrit on suivait les règles du droit romain, écrites dans la novelle 18, chapitre premier, et dans l'authentique *triens et semisse* au Code *de inofficioso testamento*. S'il n'y avait que quatre enfants leur légitime était le tiers de toute l'hérédite; elle était de la moitié si le nombre des enfants était de cinq ou au-dessus. Les deux tiers étaient disponibles dans le premier cas et la moitié seulement dans le second.

Quant aux ascendants, lorsqu'il n'y avait pas d'enfants, leur légitime était aussi du tiers de l'hérédité d'après la même novelle, chapitre premier. Le père et la mère partageaient ce tiers également entre eux. Si l'un d'eux était décédé, le survivant le prenait seul. A défaut des père et mère le plus proche des ascendants recueillait le tiers.

Dans les pays de coutume, la légitime ou la réserve coutumière variait suivant les statuts locaux.

En Auvergne elle était comme dans les pays de droit écrit.

Sous la Coutume de Paris et en général en pays coutumier, la légitime des enfants était de moitié de ce qu'ils auraient eu s'il n'avait existé ni donation ni testament.

Les lois intermédiaires avaient détruit toutes ces différences. La loi du 17 nivôse an 2, qui permettait de donner

tout à son époux lorsqu'on n'avait pas d'enfants et l'usufruit de moitié quand on en laissait, n'autorisait dans ce second cas que le don d'un dixième en propriété, et dans le premier cas que la disposition du sixième, mais seulement en faveur de tout autre que d'un successible.

La loi du 4 germinal an 8 élargit le cercle de la faculté de disposer; elle permit aux père et mère de donner une portion d'enfant sans cependant que cette portion pût excéder le quart des biens; le surplus était réservé aux enfants.

S'il n'y avait pas d'enfants, mais qu'il y eût des ascendants ou des frères et sœurs ou des descendants de ceux-ci, la moitié des biens était disponible; et s'il n'existait que des oncles ou grands-oncles, tantes ou grandes-tantes, cousins-germains et cousines-germaines ou des enfants de ces derniers, les trois quarts pouvaient être donnés. Au-delà de ces degrés la disposition pouvait épuiser la totalité des biens.

Ainsi cette loi réservait à un grand nombre de successibles une légitime plus ou moins forte selon leur parenté.

Telle était la législation en vigueur au moment où le Code civil a paru.

1260. Guidés par l'exemple des législateurs romains et par les principes de l'ancien droit français, nos nouveaux législateurs n'ont pas cru devoir réserver une légitime à tout autre parent qu'aux ascendants et aux descendants. Cette légitime a reçu le nom de réserve légale.

Pour en apprécier la nature et les effets il faut examiner:

Quelle en est la quotité et quels sont ceux qui y ont droit?

Quels sont les biens qui doivent y contribuer?

Quels sont les valeurs qui doivent s'y imputer?

Quelles sont les dispositions dont elle exige la réduction?

1re Subdivision.

De la quotité de la réserve légale et de ceux qui y ont droit.

SOMMAIRE.

1261. *La réserve des descendants est fixée par l'art.* 913 *du Code.*
1262. *Elle se calcule sur le nombre des enfants qui existent à l'ouverture de la succession.*
1263. *L'enfant alors décédé est représenté par ses descendants.*
1264. *Les enfants qui renoncent comptent pour le calcul de la réserve.*
1265. *La part du renonçant accroît aux autres enfants non à la quotité disponible.*
1266. *Différence sur ce point entre le droit ancien et le droit nouveau.*
1267. *Ceux-là seuls comptent pour la réserve qui sont capables de succéder.*
1268. *Les Français qui ont perdu cette qualité font cependant nombre pour la réserve.*
1269. *L'absent ne compte pas ; mais ses enfants le représentent.*
1270. *L'indigne ne fait pas nombre et n'est pas représenté par ses enfants.*
1271. *L'enfant légitimé et l'enfant adoptif comptent.*
1272. Quid *de l'enfant naturel?*
1273. *Les enfants naturels comptent aussi pour une fraction calculée sur ce qui leur revient dans la succession.*
1274. *Quelle est l'étendue des droits des enfants naturels concourant avec des ascendants ou avec des frères et sœurs du défunt et avec un légataire de la quotité disponible ?*
1275. *De la réserve légale des ascendants, art.* 915.—*Divers cas.*
1276. *S'il existe des frères et sœurs et des ascendants, le légataire universel ne subit aucune réserve.*
1277. Quid *si les frères et sœurs sont morts civilement ou sont indignes?*
1278. *Du cas du concours des ascendants avec des parents collatéraux et un légataire ou donataire. — Différents systèmes.*
1279. Quid *si la disposition laisse libre une quotité plus forte que la réserve légale des ascendants ?*
1280. *Si les ascendants renoncent, les héritiers collatéraux peuvent-ils réclamer la réserve?*
1281. *Si des ascendants existants en même temps que des frères et*

sœurs, ceux-ci renoncent, les ascendants peuvent-ils réclamer la réserve contre le légataire universel? — Controverse.

1282. Quid *lors même qu'il n'y aurait pas renonciation de la part des frères et sœurs, mais exhérédation par l'effet d'un legs universel?*

1283. *Doit-on considérer comme une réserve le tiers d'usufruit attribué au père par l'art.* 754 *?*

1261. C'est l'art. 913 qui fixe à l'égard des descendants la quotité disponible, et c'est l'art. 915 qui la règle à l'égard des ascendants.

« Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par tes- Art. 913.
» taments, ne pourront excéder la moitié des biens du dis-
» posant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime;
» le tiers s'il laisse deux enfants; le quart s'il en laisse
» trois ou un plus grand nombre. »

Tout ce qui n'est pas disponible forme la réserve légale; ainsi dans le premier cas la réserve légale est de moitié seulement des biens du disposant; dans le second cas elle est des deux tiers; dans le troisième cas elle est des trois quarts.

1262. Pour fixer la quotité de la réserve ce n'est pas le nombre des enfants que le testateur ou le donateur a eus pendant sa vie; quel qu'ait été ce nombre, ce sont seulement ceux qu'il laisse à son décès que l'on doit considérer.

1263. Cependant si ceux qui sont décédés laissent eux-mêmes des descendants, ceux-ci sont comptés, mais seulement pour l'enfant qu'ils représentent.

C'est ce que déclare l'art. 914 qui n'est que la copie de la législation ancienne.

« Sont compris dans l'article précédent sous le nom d'en- Art. 914.
» fants, les descendants en quelque degré que ce soit;
» néanmoins, ils ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils
» représentent dans la succession du disposant (1). »

(1) Le Code des Deux-Siciles par l'art. 829 fixe à la moitié des biens la quotité disponible lorsque l'on a des enfants.

L'art. 830 est conforme à l'art. 914 du Code Napoléon.

Cette règle n'est que l'application des art. 739 et 740 du Code civil : l'un qui déclare que la représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante ; l'autre suivant lequel la représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté...

Elle est admise dans tous les cas, soit que les enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant prédécédé, soit que, tous les enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre eux à des degrés égaux ou inégaux.

1264. L'art. 913, dans la détermination de la quotité disponible, considère tous les enfants existants ou re-

L'art. 831 permet de disposer de moitié si l'on n'a que des ascendants.

Le Code de la Louisiane fixe cette quotité aux deux tiers des biens si le disposant ne laisse qu'un enfant ; à la moitié s'il en laisse deux ; à un tiers s'il en laisse trois ou un plus grand nombre (V. art. 1480). Dans cet article est ajoutée la disposition de l'art. 914 : Si a défaut de descendants on laisse ses père et mère ou l'un d'eux, on peut disposer des deux tiers, y est-il dit.

L'art. 573 du Code de Vaud ne permet de disposer que de moitié des biens quand on a des enfants, quel qu'en soit le nombre.

Le Code hollandais, art. 961, est conforme aux art. 913 et 914 du Code Napoléon. Si l'on n'a que des ascendants on peut disposer de moitié.

Le Code bavarois permet de disposer des 2/3 s'il n'y a que quatre enfants et de moitié seulement s'il y en a un plus grand nombre, art. 15.

D'après les art. 765 et 766 du Code autrichien, la légitime des descendants est de moitié, et celle des ascendants du tiers de ce qu'ils auraient eu s'il n'y avait pas eu disposition. Le surplus est disponible.

Le Code prussien fixe au tiers de la portion *ab intestat* la légitime des descendants s'il n'y a qu'un ou deux enfants, et à la moitié s'il y en a trois ou quatre ; aux deux tiers s'il y en a un plus grand nombre.

La légitime des ascendants est fixée à la moitié de leur portion *ab intestat*.

Le Code Sarde règle aux 2/3 des biens la quotité disponible quand on n'a qu'un ou deux enfants légitimes ou légitimés, et à moitié quand on en a un plus grand nombre. — D'après ce Code comme suivant tous les autres, les descendants ne se comptent que par souches, art. 719 et 720.

S'il n'y a que des ascendants on peut disposer des 2/3, art. 721.

présentés au moment du décès de leur auteur. Les termes de l'art. 913 ne permettent aucun doute sur cette interprétation. *S'il laisse deux enfants, s'il en laisse trois*, dit la loi; elle ne dit pas *s'il laisse deux enfants qui acceptent la succession;* en sorte que c'est le nombre des enfants qui sont appelés à la succession et non le nombre de ceux qui l'acceptent qu'il faut examiner pour connaître quelle était la quotité disponible, et par conséquent quelle est la réserve légale. Si donc, au décès du disposant, il y a trois enfants existants ou représentés, lors même que la succession ne serait acceptée que par un seul, la quotité disponible n'aurait été que d'un quart au lieu d'être de moitié, et la réserve légale serait des trois quarts comme si aucun des successibles n'avait renoncé.

1265. Mais que devient, dans ce cas, la portion de l'enfant qui renonce?

Est-ce le donataire ou le légataire qui en profite ou accroît-elle à l'enfant qui accepte?

Il faut décider que la portion du renonçant accroît à l'enfant qui se porte héritier, et que le donataire ou le légataire ne peut la réclamer lors même que la libéralité qui lui avait été faite se trouverait réduite par la réserve légale.

En effet, cette réserve légale est indisponible; elle n'est pas dans le domaine de la volonté du père de famille; elle doit être respectée par lui. La loi s'en empare pour l'attribuer aux enfants et pour la placer en leur faveur dans la succession *ab intestat*. Et si quelques-uns d'eux répudient cette succession la loi déclare aussi, par un article formel, que leur portion accroît aux autres. Voici, en effet, comment s'exprime l'art. 786 du Code :

« La part du renonçant accroît à ses cohéritiers; s'il est » seul, elle est dévolue au degré subséquent. » Art. 786.

Ces expressions sont claires. Combinées avec celles de l'art. 913, elles ne permettent pas le moindre doute sur la question.

Par l'art. 913 la faculté de disposer d'une certaine quotité de ses biens, cette faculté qui étend la puissance de la volonté au-delà même des limites de la vie, cette faculté que refuse la nature et que la loi accorde, a été restreinte dans des bornes déterminées que l'homme n'a pas le droit de dépasser. En disant qu'on ne pourrait disposer que d'un quart, d'un tiers ou d'une moitié, selon le nombre des enfants existants au décès du donateur, la loi a déclaré nul le don de toute quotité plus forte; elle a attribué tout l'indisponible aux enfants qui le partagent entr'eux par égalité si tous veulent y participer, et dont doivent profiter, par l'effet de l'accroissement, ceux d'entre eux qui acceptent si les autres refusent. Ce principe d'accroissement n'existe que pour eux ; eux seuls, par conséquent, peuvent l'invoquer; les donataires, les légataires n'ont pas le droit d'en argumenter. Car aucune disposition législative ne le leur confère. Ils n'ont à réclamer que la quotité disponible qui seule leur appartient, et ils n'ont pas à s'inquiéter de ce que deviendra la réserve légale entre les enfants auxquels elle est destinée, pourvu qu'un de ceux-ci au moins veuille en profiter.

1266. Cette question n'était pas ainsi résolue dans l'ancien droit, parce qu'il n'y avait pas, à proprement parler, de quotité disponible et de quotité indisponible. Tout pouvait être donné par actes entre-vifs et testamentaires. Le titre d'héritier universel avait pu être conféré par le défunt; celui-ci avait pu en dépouiller ses enfants pour le transmettre même à un étranger.

Seulement, dans ce cas, la loi, venant au secours de chaque enfant, lui accordait personnellement une légitime de rigueur qu'elle l'autorisait à réclamer comme créancier, sans qu'il eût même besoin de prendre la qualité d'héritier. Cette créance était pour chacun du tiers ou de la moitié de ce qu'il aurait eu comme héritier selon le nombre d'enfants. Mais la créance était individuelle. Chaque légitimaire devait

pour l'obtenir agir contre l'héritier ou le donataire universel qui était chargé de l'acquitter comme étant légalement saisi de l'hérédité entière. Si ce légitimaire n'exigeait pas sa créance elle profitait au débiteur, c'est-à-dire à l'héritier institué ou au donataire.

Aujourd'hui, sous le Code, il n'en est pas ainsi. Ce sont les héritiers à réserve qui sont de plein droit saisis de l'hérédité entière (Code civil, art. 1004). C'est à eux que doivent s'adresser les légataires même universels pour obtenir ce qui leur revient; ce sont eux qui doivent acquitter les dons, les legs faits par le défunt; et ces dons, ces legs ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de la quotité que la loi déclare disponible. Tout ce qui excède cette quotité ils peuvent le refuser, et ils ont le droit, ou de le partager entr'eux si tous ou plusieurs acceptent la succession, ou de le laisser à un seul auquel accroît la portion des autres, si ceux-ci répudient.

Cette doctrine fondée sur la lettre même de la loi nouvelle, et protégée par son esprit, est enseignée par Grenier, Toullier, Vazeilles. Elle est, il est vrai, combattue par Delvincourt; mais l'opinion isolée de ce dernier auteur est trop contraire au texte des art. 913 et 746 pour être adoptée.

C'est dans le sens des premiers auteurs que la question a été jugée par la Cour de Caen, suivant arrêt du 16 février 1826 (1).

La renonciation dont nous venons de parler est celle faite au greffe, conformément à l'art. 784 du Code civil, et par l'effet de laquelle le successible est censé n'avoir jamais été héritier.

Il ne faut pas la confondre soit avec la renonciation même gratuite que fait un des héritiers au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers, soit avec la renonciation qu'il fait,

(1) Voir sur cette question et sur la précédente D., 1826. 2. 197; Grenier, *des Donations*, 2, nº 563 et suivants; Toullier, 5, n. 108 et suivants; Delvincourt, 2, p. 216; Vazeilles, sur l'art. 913, n. 2.

au profit de ses cohéritiers indistinctement, mais moyennant un prix.

De ces deux sortes de renonciations la première est une libéralité ; la seconde est une vente ; et l'une et l'autre emportent acceptation de la succession. Car nous ne donnons et nous ne vendons que ce qui nous appartient. (V. l'art. 780 du Code.)

1267. Ceux-là seuls comptent pour la réserve qui sont capables de succéder.

Ainsi l'enfant mort civilement ne fait pas nombre, la loi ne lui permettant pas de recueillir la succession. Mais comme la mort civile produit le même effet quant à une hérédité que la mort naturelle, si le condamné a des enfants, ceux-ci le représentent, prennent sa place, son degré et ses droits, et font nombre de son chef comme il l'aurait fait lui-même.

1268. Les enfants qui avaient perdu la qualité de Français ne succédaient pas autrefois à leur père, et par conséquent ne devaient pas compter pour la réserve légale.

Depuis la loi du 14 juillet 1819 qui a aboli le droit d'aubaine et déclaré les étrangers successibles, ils doivent faire nombre.

1269. Les absents, dont l'existence n'est pas reconnue, n'ont aucun droit aux successions qui s'ouvrent en leur absence. (Code civil, art. 136.)

On ne peut donc les supposer vivants pour la fixation de la quotité disponible.

Mais s'ils ont des enfants, ceux-ci qui les représentent sont appelés à leur défaut à recueillir de leur chef une portion héréditaire ou une part dans la réserve. Ils doivent donc faire nombre.

1270. Celui qui a donné ou tenté de donner la mort au défunt ;

Qui a porté contre lui une accusation capitale, jugée calomnieuse ;

Ou qui étant majeur a été instruit du meurtre du défunt, et ne l'a pas dénoncé ;

Est indigne de succéder, et comme tel exclu de la succession. (Code civil, art. 727.)

Il n'a, par conséquent, aucun droit à la réserve, et ne fait pas nombre. (Code civ., art. 727.)

Ses enfants ne peuvent pas entrer dans sa place, dans son degré et dans ses droits, parce qu'ils ne le représentent pas, l'indigne ne pouvant être représenté.

Mais si les enfants de l'indigne ne sont pas exclus eux-mêmes par des héritiers plus proches, et qu'ils soient en ordre de succéder de leur propre chef sans le secours de la représentation, ils font nombre pour le calcul de la réserve.

Remarquons, au reste, que l'indignité n'est une cause d'exclusion que lorsqu'elle a été déclarée par un jugement. Car l'héritier naturel qui a le titre en sa faveur ne peut le perdre que par l'autorité d'une décision qui l'en prive. Les peines, les déchéances n'existent pas de plein droit. Il faut qu'une condamnation légale les prononce.

1271. L'enfant légitimé par mariage subséquent a les mêmes droits que l'enfant légitime; il doit donc être compté pour la fixation de la réserve. (Code civil, art. 333.)

L'enfant adoptif a aussi sur les biens de l'adoptant des droits égaux à ceux d'un enfant légitime, et par conséquent la loi lui attribue une portion de la réserve. Il doit donc compter pour sa fixation. (Code civil, art. 350.)

Mais quel devra être à son égard l'effet d'une donation antérieure à l'adoption? Pourra-t-il en demander la réduction si elle porte atteinte à sa réserve?

Nous examinerons cette question dans la quatrième subdivision.

1272. L'enfant naturel a lui-même à réclamer sur les biens de ses père et mère, une portion qui est plus ou moins forte selon la qualité des héritiers avec lesquels il est en concours. La loi, il est vrai, ne l'honore pas du titre d'héritier. Elle ne le considère que comme créancier, mais c'est un créancier privilégié sur tous les biens de ses père et

mère naturels, et en faveur duquel elle établit aussi une réserve légale qui l'autorise à réclamer une part déterminée dans le patrimoine.

Lorsque son père ou sa mère laissent des descendants légitimes, cette part est d'un tiers de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime lui-même ;

Elle est de la moitié lorsque son père ou sa mère laissent des ascendants ou des frères et sœurs.

Elle est des trois quarts lorsque les père et mère ne laissent de successibles qu'à un degré plus éloigné.

Elle est de la totalité si les père et mère ne laissent pas de parents au degré successible. (V. les articles 757 et 758 du Code.)

1273. Ces droits, dont l'enfant naturel ne peut être dépouillé par aucun acte, doivent nécessairement le faire entrer pour une fraction quelconque dans le nombre des héritiers à réserve que l'on considère pour fixer la quotité disponible et par suite celle qui est indisponible en faveur des enfants.

Ainsi s'il y a un enfant légitime avec un enfant naturel celui-ci, concourant avec l'enfant légitime, pourrait être réduit au neuvième de l'hérédité (1).

En effet, lorsqu'il y a deux enfants légitimes la quotité disponible n'est que d'un tiers des biens, et la réserve légale est de deux tiers, savoir un tiers pour chaque enfant.

Mais si cet enfant est seulement naturel il n'a droit qu'au tiers de ce qu'il obtiendrait s'il était légitime, c'est-à-dire au tiers du tiers, ou à un neuvième.

Cette quotité, qui est prélevée sur la succession comme une créance, réduit l'hérédité à diviser entre l'enfant légitime et les donataires ou les légataires du défunt à 8/9mes et comme dans le cas où il n'y a qu'un seul enfant, la réserve légale et la quotité disponible sont de la même quotité

(1) V. un arrêt de cassation du 26 juin 1809, Sirey, 9. 1. 337.

c'est-à-dire de moitié chacune, le même mode de division doit avoir lieu après le prélèvement du neuvième attribué à l'enfant naturel; en sorte que la moitié des 8|9mes ou 4|9mes doivent appartenir à l'enfant légitime, et les autres 4|9mes forment la quotité disponible à délaisser aux donataires ou légataires. Ce mode de distribution paraît le seul conforme à la loi dans le cas prévu. Et l'on en reconnaîtra facilement l'exactitude et la justice, si l'on remarque qu'il fait peser, dans la même proportion ou également sur la réserve légale et sur la quotité disponible qui sont égales entre elles dans ce cas, la portion de bien que la loi assure à titre de créance à l'enfant naturel.

En suivant le même mode, s'il y a deux enfants naturels et un seul enfant légitime, les enfants naturels, réduits au minimum de ce qui leur revient, auraient entr'eux 2|12mes de l'hérédité; il resterait 10|12mes pour l'enfant légitime et le légataire, chacun 5|12mes.

Si le nombre des enfants naturels en concours avec un enfant légitime et un donataire ou légataire est de trois, chaque enfant naturel aura droit au tiers de 3|16mes ou à 1|16me, en sorte qu'il restera 13|16mes à diviser entre l'enfant légitime et le légataire qui obtiendront chacun 13|32mes de l'hérédité.

S'il y avait deux enfants légitimes et un seul enfant naturel, celui-ci, considéré comme légitime, n'aurait que 3|12mes à réclamer. Comme enfant naturel il ne lui reviendrait que 1|12e; il en resterait donc 11|12mes à partager entre les deux enfants légitimes et le légataire; et comme, lorsqu'il n'y a que deux enfants légitimes la quotité disponible est d'un tiers, on devrait attribuer le tiers de ces 11|12mes ou 11|36mes au légataire, ce qui laisserait 22|36mes pour les deux enfants légitimes ou 11|36mes pour chacun.

Dans ces divers cas on voit que le prélèvement de la portion des enfants naturels se fait proportionnellement et

même par égalité entre l'enfant ou les enfants légitimes et le légataire de la quotité disponible.

Mais s'il existe trois enfants légitimes au moins, quel que soit le nombre des enfants naturels, la quotité disponible ne varie plus ; elle est toujours du quart, et ce qui revient aux enfants naturels est pris seulement sur la portion héréditaire ou la réserve légale des enfants légitimes.

Ainsi ceux-ci étant au nombre de trois, un enfant naturel se présentant, et le don ou le legs de la quotité disponible ayant été fait, cet enfant naturel qui, s'il eût été légitime aurait eu pour réserve légale 3|16mes, n'aura droit qu'au tiers de cette quotité ou à 1|16mes. Le légataire recevra lui-même toute la quotité disponible, c'est-à-dire 4|16mes ; et les trois enfants se partageront entre eux par égalité le surplus, c'est-à-dire 11|16me ce qui attribuera à chacun 3|16mes et 2|3 ou 11|48mes de l'hérédité.

Des calculs semblables et un mode analogue de distribution feront connaître la portion de chaque enfant légitime, selon qu'ils existeront en plus grand nombre et avec un plus grand nombre d'enfants naturels, la quotité disponible ayant toujours été épuisée par le défunt.

1274. S'il n'y a pas d'enfants légitimes, le concours des enfants naturels avec des ascendants ou des frères et sœurs du défunt donne lieu à un mode différent de distribution.

S'il n'y a qu'un enfant naturel, sa portion héréditaire, qui aurait été de moitié s'il eût été légitime, se réduit en cas de disposition au quart de l'hérédité. Ce quart forme sa réserve légale.

S'il y a deux enfants naturels et un légataire de la quotité disponible, leur portion ou leur réserve légale dans les biens du père ou de la mère naturels, au lieu d'être des 2|3 comme pour les enfants légitimes, n'est que d'un tiers ou pour chacun un sixième.

S'il y a trois enfants naturels, concourant toujours avec un légataire de la quotité disponible, et des ascendants ou

des frères et sœurs du défunt, la réserve légale pour eux tous est des 3|8mes au lieu des 3|4 qu'auraient obtenus des enfants légitimes, et ces 3|8mes se divisant entre eux par égalité. Dans ces différents cas les ascendants, qui seraient héritiers à réserve conformément à l'art. 915 du Code civil, c'est-à-dire qui ne seraient pas exclus par des frères et sœurs du défunt conformément aux articles 751 et 752 du Code civil, retiendraient pour chaque ligne le quart de ce qui resterait dans les biens du défunt après le prélèvement de la portion de l'enfant naturel. Tout le surplus appartiendrait au légataire universel.

Si les enfants naturels n'étaient en concours qu'avec des parents à un degré plus éloigné que celui de frère ou sœur du défunt, ces parents fussent-ils même des enfants de frères ou sœurs, leurs réserve légale serait des 3|4 de celle que la loi attribue aux frères et sœurs légitimes, c'est-à-dire des 3|4 de la moitié de l'hérédité ou des 3|4 des deux tiers ou des 3|4 des 3|4 des biens, selon que ces enfants naturels seraient au nombre d'un, de deux ou de trois et au-dessus. Cette réserve serait, par conséquent, des 3|8mes dans le premier cas, des 6|12mes dans le second et des 9|16mes dans tous les autres cas. Les 6|12mes attribués dans la seconde hypothèse et les 9|16mes dans la dernière se diviseraient entre les enfants naturels par égalité.

Tels sont les droits réservés aux enfants naturels dans les divers cas où ils sont en concours soit avec un légataire universel soit avec divers ordres d'héritiers du défunt.

M. Grenier dans son *Traité des Donations*, t. 2, n° 666 et suivants, a examiné et développé ces droits en donnant des exemples pour chaque cas, et en calculant le chiffre de la portion de l'enfant naturel d'après une valeur hypothétique qu'il donne à l'hérédité entière.

Ces calculs nous ont paru exacts. La doctrine sur laquelle ils reposent est conforme à l'opinion que nous venons d'émettre. Il eût été plus facile, plus simple et peut-être

même plus clair d'employer le même mode de démonstration. Mais il nous a paru préférable en théorie de fixer les droits des enfants naturels par quotité et par des expressions générales applicables à toutes les valeurs héréditaires quelles qu'elles fussent. On peut, au reste, recourir pour l'intelligence des difficultés aux exemples détaillés dans le savant ouvrage de l'estimable auteur du *Traité des Donations et des testaments*.

1275. Nous nous sommes occupés jusqu'ici principalement de la réserve légale des enfants et des descendants ; il nous reste dans cette subdivision à examiner celle des ascendants. Cette réserve est déterminée par l'article 915, ainsi conçu :

t. 915. « Les libéralités par actes entre-vifs ou par testaments » ne pourront excéder la moitié des biens, si le défunt » laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes » paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse » d'ascendants que dans une ligne. »

Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder ; ils auront seuls droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.

L'article 916 ajoute :

rt. 916. « A défaut d'ascendants et de descendants, les libéralités » par actes entre-vifs ou testamentaires pourront épuiser la » totalité des biens. »

L'article 915 emploie le mot *ascendants*, expression générale dans laquelle sont compris non-seulement les père et mère, mais encore tous les parents en ligne directe d'un degré supérieur quels qu'ils soient.

La réserve que la loi établit en leur faveur est de moitié s'il y a des ascendants dans chaque ligne ; elle est d'un quart seulement lorsqu'il n'y a d'ascendants que dans une ligne. Car dans le premier cas la quotité disponible n'est que de moitié, tandis que dans le second elle est des trois quarts.

Il résulte de là que dans le premier cas, lorsque le père et la mère existants l'un et l'autre sont en concurrence avec des frères et sœurs, leur réserve légale est égale a leur portion héréditaire. Car ils ne succèdent alors que pour un quart chacun. (V. C. c., artr 748.) Delvincourt et Levasseur croient que même dans ce cas la réserve légale du père et de la mère n'est que de la moitié de la part héréditaire ou d'un huitième pour chacun.

Mais c'est une erreur prouvée par la combinaison de l'article 748 avec l'article 715, qui est en opposition avec le sentiment de tous les autres auteurs, et que M. Vazeilles démontre très-clairement sur l'article 915. Nous renvoyons à ce dernier jurisconsulte.

Ces ascendants recueillent la réserve dans l'ordre où la loi les appelle à succéder?

De là deux conséquences :

La première que les ascendants les plus proches dans chaque ligne profitent seuls de la réserve. Car ils sont seuls appelés à succéder, l'ascendant qui se trouve au degré le plus proche dans chaque ligne excluant l'ascendant dont le degré est plus éloigné. (Code civil, art. 746.)

La seconde, c'est que s'il existe des frères et sœurs du défunt, les ascendants, autres que les père et mère, n'ont droit à aucune réserve, parce qu'ils sont exclus de la succession par les frères et sœurs. (Code civil, art. 750.) C'est la conséquence nécessaire du principe qui veut que l'admission à la réserve dépende du droit à la succession (1).

1276. Il peut en résulter un effet qui a quelque chose de bizarre. Un légataire universel prive les frères et sœurs de tout droit à la succession, parce que la loi n'a pas établi de réserve en faveur des collatéraux, pas même des frères et sœurs; en sorte que le légataire universel conservera tous

(1) Grenier, t. 2, n° 570; Toullier, t. 5, n° 111; Delvincourt, t. 2, page 26.

les biens quoique le défunt ait laissé des ascendants que les frères et sœurs excluraient.

Ainsi en l'absence de frères et sœurs les ascendants auraient eu une réserve, et ils en sont privés par la présence des frères et sœurs qui cependant eux-mêmes ne profitent de rien.

Ce résultat peut paraître choquant; et cependant c'est ce que veut la loi, et en y réfléchissant un peu, toute surprise disparaît. Car on reconnaît que les ascendants étant exclus par les frères ou sœurs du défunt, il doit leur importer peu que la succession appartienne ou non en totalité à un légataire universel.

1277. Si les frères et sœurs qu'a laissés le défunt sont morts civilement ou sont indignes, en un mot s'ils sont incapables de succéder, la succession appartient alors aux ascendants, et ceux-ci peuvent réclamer la réserve légale.

Remarquons, quant à l'incapacité résultant de l'indignité, que non-seulement il faut qu'elle soit prononcée par les tribunaux sur la demande d'une partie intéressée, par exemple sur celle d'un autre héritier ou d'un donataire ou légataire; mais que si une seule des parties intéressées demande et fait juger l'indignité, les autres héritiers refusant de prendre part au litige, la décision ne vaudrait que pour elle, et qu'elle profiterait seule de toute la portion qui serait échue à l'indigne.

Mais si tous les intéressés avaient formé la demande, et qu'ayant succombé en première instance un seul d'eux eût interjeté appel et eût réussi, son succès ne lui attribuerait dans les droits échus à l'indigne qu'une part proportionnelle au nombre et aux droits des autres parties intéressées, l'action en indignité étant divisible de sa nature. (Arrêt de cassation du 12 décembre 1813, S. 14. 1. 66; Denev. 12. 1. 76.)

1278. Nous ferons aussi observer quant à la mort civile des frères et sœurs, que s'ils avaient des descendants ceux-

ci les représenteraient comme dans le cas de la mort naturelle dont la mort civile est l'image aux yeux de la loi; qu'ainsi ces descendants, entrant dans les degrés et dans les droits des frères, excluraient les ascendants autres que les père et mère, et les priveraient de toute réserve légale quoiqu'ils fussent eux-mêmes exclus par le légataire universel. (V. les art. 740 et 742 du Code civil.)

Si les frères du défunt étaient absents sans nouvelles, leur existence n'étant pas reconnue, ils seraient réputés ne pas exister. Ce ne serait pas aux ascendants à prouver leur mort; ce serait au légataire universel à prouver leur existence. Car aux termes de l'article 136 du Code, « lorsqu'il s'ouvre une succession à laquelle est appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, « elle est dévolue ex- » clusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de » concourir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son dé- » faut (1). »

C'est donc aux ascendants que dans ce cas la succession est dévolue. Elle leur appartiendrait en totalité s'il y avait des ascendants dans les deux lignes, et qu'il n'eût été fait aucune disposition; elle leur appartiendrait pour moitié s'il y avait seulement des ascendants dans l'une des deux lignes en concours avec des parents collatéraux de l'autre ligne; et par conséquent dans les deux cas ils pourrait réclamer leur réserve légale contre le légataire universel qui se présenterait.

Lorsque des ascendants concourent avec des héritiers collatéraux, et qu'une partie seulement des biens de l'hérédité a été donnée ou léguée, s'il en reste assez pour la réserve légale des ascendants, ceux-ci doivent d'abord prendre leur réserve légale sur ces biens libres. Les héritiers collatéraux n'ont droit qu'à l'excédent. Cette solution ne peut être dou-

(1) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 136 et un grand nombre d'arrêts sur la question.

teuse. Elle est même écrite dans l'article 915 qui déclare que « les ascendants auront seuls droit à la réserve dans » tous les cas où un partage avec des collatéraux ne leur » donnerait pas la quotité à laquelle elle est fixée. »

Ces expressions ajoutées à l'article 915 sur la demande du Tribunat font assez connaître que l'intention du législateur a été que les biens libres de l'hérédité servissent d'abord à acquitter la réserve des ascendants.

Cependant un auteur estimable, M. Levasseur, pense que dans ce cas, les ascendants doivent partager les biens libres avec les parents collatéraux avec lesquels ils concourent, et que, si la quotité qu'ils reçoivent est insuffisante, ils doivent obtenir le complément de leur réserve par un retranchement sur les libéralités testamentaires ou entre-vifs.

Mais cette opinion contraire à celle de tous les autres auteurs est en opposition avec les règles sur la quotité disponible, qui n'est restreinte que dans l'intérêt des descendants ou des ascendants, et qui à l'égard des collatéraux peut comprendre la totalité des biens. (V. l'article 916 du Code.)

Ce système, s'il était admis, établirait, contre le texte et l'esprit de la loi, une réserve légale en faveur des collatéraux; il les placerait, lorsqu'ils seraient appelés comme successeurs concurremment avec des ascendants, dans une position plus avantageuse que s'ils étaient seuls successibles, et créérait en leur faveur un droit qu'ils tiendraient plutôt des ascendants dont la présence le leur attribuerait que de la loi dont les dispositions le leur refusent.

Ce système serait aussi contraire au droit ancien consacré par l'article 34 de l'ordonnance de 1731, selon lequel « si » les biens, que le donateur aura laissés en mourant sans en » avoir disposé ou sans l'avoir fait autrement que par des » dispositions de dernière volonté, *ne suffisent pas pour fournir la légitime* des enfants eu égard à la totalité des biens » compris dans la donation entrè-vifs par lui faite et de » ceux qui n'y sont pas renfermés, ladite légitime sera

» prise premièrement sur la dernière donation, et subsi-
» diairement sur les autres. »

Ainsi, dans l'ancien droit ce n'était qu'en cas d'insuffisance des biens libres que les donations devaient être réduites. Ces biens libres devaient avant tout être épuisés.

Or, on ne peut pas légèrement supposer que nos nouveaux législateurs aient entendu déroger à cette ancienne doctrine, et surtout qu'il l'aient fait sans qu'aucune phrase, aucun mot dans les discussions qui ont préparé la loi actuelle, annonçât un changement aussi remarquable, aussi important.

Si la question était douteuse, on serait autorisé à invoquer, au moins comme règle d'interprétation, le droit ancien.

Mais elle n'est pas même problématique, et l'ensemble de la loi ne permet pas d'hésiter à adopter l'opinion émise par la plupart des auteurs en faveur des donataires.

Nous dirons donc avec eux et avec l'ordonnance de 1731, que la réserve légale ou la légitime des ascendants doit épuiser tous les biens libres avant d'attaquer les libéralités soit testamentaires soit entre-vifs (1).

1279. Mais qu'arrivera-t-il si les biens libres excèdent en quotité la réserve légale et qu'il n'y ait d'ascendants que dans l'une des lignes, cas où ces ascendants concourent avec des parents collatéraux de l'autre ligne suivant le vœu de l'article 753?

Supposons, par exemple, que le défunt n'eût disposé que des deux tiers de ses biens. Le tiers libre excède dans ce cas la réserve légale qui n'est que d'un quart. La différence est d'un 12me. A qui appartiendra ce 12me? Sera-t-il divisible entre l'ascendant et les successibles collatéraux de l'autre ligne?

(1) Voir sur la question, Levasseur, *Portion disponible*, p. 52; Toullier, t. 5, n° 115; Grenier, t. 2, n° 577; Delvincourt, t. 2, p. 215; Duranton, t. 8, n° 313; Vazeilles sur l'art. 915.

Ce douzième devra appartenir aux collatéraux. En effet, l'ascendant étant en concours avec des collatéraux ne peut obtenir plus qu'eux, si ce n'est pour avoir sa réserve légale. S'il n'avait pas eu à cette réserve un droit spécial et privilégié, il aurait partagé avec les collatéraux et n'aurait obtenu que la moitié du tiers ou des 4|12mes, c'est-à-dire 2|12mes. Sa réserve privilégiée l'autorise à prendre sur la portion de ses cohéritiers le 12^{m} qui lui manquerait. Mais il ne peut réclamer rien de plus tant que la portion de ses cohéritiers ne sera pas égale à la sienne. Ceux-ci doivent donc seuls recueillir ce qui dans cette hypothèse excède la légitime de l'ascendant.

1280. Si l'ascendant renonce à la succession, les héritiers collatéraux seuls appelés alors à la recueillir pourront-ils réclamer à sa place la réserve légale à laquelle avait droit cet ascendant?

Cette réclamation serait repoussée par l'art. 921 du Code civil, suivant lequel la réduction *ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants-cause*. L'article ne parle, il est vrai, que des dispositions entre-vifs. Mais il y a les mêmes motifs de décision semblable pour les dispositions testamentaires. La loi n'ayant pas créé de réserve en faveur des collatéraux, ceux-ci ne peuvent en réclamer de leur chef, ni par conséquent faire réduire aucune disposition quel que soit le titre qui la constitue. Ils ne sont, d'ailleurs, ni les héritiers ni les ayants-cause des ascendants; ils ne peuvent donc réclamer une réduction du chef de ceux-ci qu'ils ne représentent pas.

1281. Mais si des parents collaréraux, des frères et sœurs, par exemple, sont appelés à une succession, leur renonciation, qui donne ouverture aux droits des ascendants qu'ils auraient exclus, autorise-t-elle ceux-ci à faire réduire des dispositions universelles pour obtenir leur réserve légale?

Cette question est grave et divise les opinions.

Pour refuser la réserve aux ascendants on fait observer que, pour avoir droit à la réserve, il faut avoir droit à la succession, c'est-à-dire être appelé à la succession par la loi même sans le secours de la renonciation d'un héritier plus proche; que telle n'est pas la position des ascendants autres que les père et mère, lorsqu'il existe des frères et sœurs; qu'alors ceux-ci seuls sont appelés à l'exclusion des ascendants; que les ascendants qui n'auraient rien à recueillir dans l'hérédité, même lorsqu'il n'y aurait pas de légataire universel, ne sauraient être admis à réclamer contre ce légataire une réserve légale, et à faire ainsi rentrer dans la succession *ab intestat* une portion de biens qu'ils ne devraient pas conserver, les frères et sœurs du défunt leur étant préférés par la loi. (Code civil, art. 750.)

On ajoute que faire produire à la renonciation des frères et sœurs l'effet d'autoriser les ascendants à réclamer une réserve légale, parce qu'ils deviendraient alors héritiers par l'abdication des successibles d'un degré plus proche, ce serait éluder et même anéantir la règle qui permet d'épuiser par des libéralités tous ses biens, lorsque la succession est dévolue à des frères et sœurs; qu'en effet ceux-ci ne manqueraient pas de renoncer à une succession sur laquelle ils n'auraient rien à prendre, afin de procurer à leurs ascendants une réserve légale qui ferait rentrer dans leur famille une partie de l'hérédité dont ils sont privés par le legs universel; que leur intérêt leur commanderait cette renonciation qui, d'ailleurs, ne les priverait de rien; qu'au reste la collusion serait facile entr'eux et les ascendants;

Que même cette renonciation ne saurait produire aucun effet légal, parce qu'on ne doit être admis à renoncer sérieusement à une succession que lorsqu'on y a des droits; et que si un légataire universel est appelé à tout recueillir, la renonciation des frères et sœurs ne peut être considérée que comme un jeu insignifiants;

Qu'enfin, il y a quelque chose de choquant dans l'idée qu'un légataire universel, qui est à l'abri de toute action de la part des frères et sœurs du défunt puisqu'ils n'ont pas de réserve légale, y puisse être exposé de la part d'ascendants qui sont cependant exclus de la succession par les frères et sœurs; que ce système est en opposition avec l'adage si connu : *Si vinco vincentem te à fortiori vincam te.*

Cette opinion, qui est celle de M. Grenier, dans son *Traité des Donations*, n° 572, et de M. Vazeilles, dans son *Commentaire sur les Successions et Donations*, sur l'art. 915, n° 3; cette opinion est contraire à celle de M. Duranton, t. 8, n° 311.

Ce dernier auteur pense que les frères et sœurs renonçant à la succession, leur renonciation fait disparaître les successibles qui privaient les ascendants; qu'alors ceux-ci sont appelés à la succession; qu'ils y sont appelés comme s'il n'existait pas de frères et sœurs, parce que ceux-ci ayant renoncé sont censés n'avoir jamais été héritiers; que le droit de succéder leur étant dévolu le droit à la réserve légale doit par suite leur appartenir; et que le légataire se trouvant alors en concours avec des ascendants est tenu de souffrir sur son legs universel le retranchement de la quotité que la loi leur réserve.

Ces dernières idées ont triomphé devant la Cour de cassation, mais par un arrêt de rejet.

Cet arrêt fera-t-il jurisprudence? Cela est incertain, et la question peut encore être considérée comme problématique.

1282. Devant la Cour de cassation on discuta une autre question qui ne fut pas jugée; celle de savoir si, abstraction même faite de la renonciation des frères et sœurs, l'exhérédation de ceux-ci par un legs universel ne suffisait pas pour donner ouverture à la réserve légale des ascendants.

On conçoit, disait-on, que dans une lutte entre les ascendants et les frères et sœurs du défunt, ceux-ci soient préférés aux ascendants plus éloignés dans l'ordre de la nature. Les

biens, d'ailleurs, restent dans la famille, et les ascendants pourraient y trouver une ressource pour une pension alimentaire qu'ils pourraient réclamer s'ils en avaient besoin contre leurs petits-enfants.

Mais quand la lutte s'élève entre un ascendant et un étranger, la position n'étant plus la même les résultats légaux doivent changer. La famille étant dépouillée par une disposition universelle, le législateur intervient; il règle la portion disponible et réserve une part aux ascendants. Ce n'est plus au titre des Successions et à l'art. 750 qu'il faut alors recourir; car des frères et sœurs ne sont pas héritiers; ils n'ont rien à recueillir puisque tout est absorbé par un legs universel. C'est sur le titre des Donations et sur l'article 915 qu'il faut se fixer, et cet article attribue aux ascendants une réserve contre tout légataire étranger.

Cette dissertation, dont nous ne rappelons ici que quelques fragments, est plus puissante en considérations qu'en principes. On peut la voir dans le Recueil de Sirey, t. 40, p. 680 à la note.

Elle se détruit, il semble, par le principe que, pour être admis à la réserve légale, il faut être admissible à la succession. Or les ascendants ne le sont pas lorsqu'il y a des frères et sœurs. Et c'est une erreur de dire que ceux-ci ne sont pas héritiers. Ils le sont de droit quoiqu'ils n'en aient pas les avantages, le legs universel les en privant. Ils le sont réellement; car le testament peut être nul, et ils ont le droit d'en demander la nullité; car le légataire universel peut renoncer, et alors ils recueillent; car ce légataire peut être incapable, et dans ce cas encore c'est à eux que l'hérédité appartient. Il ne faut pas confondre le titre et ses effets. Le titre subsiste, quoique les effets soient nuls, quoique quelques circonstances les paralysent. Et ce titre, appartenant aux frères et sœurs, ne peut être pris par les ascendants pour leur attribuer une réserve légale.

Plusieurs autres questions ont été soulevées sur la combi-

naison de l'article 915 avec l'article 904 qui ne permet au mineur de disposer que de la moitié de ce qu'il aurait pu donner s'il eût été majeur.

Mais ces questions tiennent plus à la distribution de ce dont l'enfant mineur n'a pu disposer qu'à la réserve légale de l'ascendant qui trouve toujours dans les biens libres une quotité suffisante pour le satisfaire de ses droits.

1283. Une seule question nous reste à examiner. Elle a pour objet le tiers en usufruit que l'article 754 accorde au père ou à la mère qui partage avec des collatéraux. M. Levasseur a considéré ce tiers d'usufruit comme une réserve.

C'est une erreur qui a été signalée avec raison par M. Vazeilles. Cet usufruit n'a lieu que sur des biens libres dépendant de la succession *ab intestat*, et qui, à raison de ce, sont échus à des parents collatéraux. Le défunt aurait pu en disposer. La loi ne le lui défendait pas, et cependant s'il en eût disposé, le tiers d'usufruit aurait disparu avec la propriété des collatéraux. Donc ce tiers d'usufruit n'est pas une réserve légale. (Vazeilles sur l'article 915, n° 5.)

2me Subdivision.

Des biens qui doivent contribuer à la réserve.

SOMMAIRE.

1284. *Pour le calcul de la réserve comment se compose la masse du patrimoine du défunt?*

1285. *Erreur primitive de la Cour de cassation sur cette composition pour fixer la quotité disponible, et confusion entre les questions de rapport et celles de réserve.*

1286. *Retour à la saine doctrine.*

1287. *Que doit-on comprendre dans la masse?*

1288. *L'immeuble qui a péri sans la faute ou le fait du donataire n'y est pas compris si celui-ci n'en a rien retiré.*

1289. *Les valeurs données même à des insolvables doivent y être comprises. Par qui dans ce cas d'insolvabilité des derniers donataires doit être acquittée la réserve? — Controverse.*

1290. *Mode et valeur du rapport du mobilier.*
1291. *Mode et valeur de celui des immeubles.*
1292. *Dettes à déduire de la masse pour le calcul de la réserve. — Indication.*

1284. Tous les biens et droits existants dans le patrimoine du défunt au moment de son décès, et tous ceux qui en sont sortis pendant sa vie, à titre de libéralités directes ou indirectes, doivent entrer réellement ou fictivement dans la masse à composer pour le calcul de la réserve légale.

C'est ce qui résulte de l'art. 922 du Code civil, qui détermine la composition des biens d'après laquelle s'opère la réduction des dispositions qui portent atteinte à la réserve.

« La réduction se détermine en formant une masse de » tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. » On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par dona- » tions entre-vifs d'après leur état à l'époque des donations » et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule » sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle » est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la » quotité dont il a pu disposer (1). » Art. 922.

1285. En réglant le mode de la composition de la masse des biens pour la fixation de la réserve légale, le législateur paraissait avoir suffisamment indiqué que c'était sur la même masse que devait se calculer la quotité disponible. Car la faculté de disposer doit s'étendre à toute la valeur que la loi ne réserve pas expressément pour les héritiers privilégiés.

Il devait donc être reconnu que la quotité disponible dé-

(1) Le mode indiqué dans l'art. 922 pour la composition de la masse sur laquelle doit se calculer la réserve légale est admis par toutes les législations. Seulement celle de la Louisiane, art. 1493, porte que, « dans le rapport fictif des biens donnés entre-vifs par le défunt, on ne » doit pas faire entrer ceux qui ont péri par cas fortuit dans les mains » du donataire; mais on doit y comprendre ceux qui ont péri par sa » faute. »

Cette règle est juste.

pendait uniquement de la quotité de la réserve légale; que la fixation de l'une devait entraîner nécessairement la fixation de l'autre; qu'ainsi pour la quotité disponible comme pour celle qui ne l'était pas, c'était le même patrimoine que l'on devait considérer.

Cependant la Cour de cassation par plusieurs arrêts en avait décidé autrement. Par une fausse application de l'article 857 du Code civil sur le rapport qui n'est prescrit qu'entre cohéritiers, elle avait pensé que pour la quotité disponible on ne devait se fixer que sur les biens qui étaient libres dans les mains du donateur au moment de la donation, sans avoir égard à ceux dont il avait disposé antérieurement, lors même qu'il aurait ainsi par anticipation donné à ses héritiers à réserve tout ce qu'ils auraient eu à espérer un jour dans sa succession (1).

Cette opinion confondait les questions de rapport, qui ne s'agitent qu'entre cohéritiers et dans les successions *ab intestat*, avec celles de quotité disponible et de réserve légale, quelque distinctes qu'elles fussent. Cette opinion, qui soumettait en quelque sorte l'exécution des articles 913 et 915 sur la faculté de disposer à la règle écrite dans l'article 857, et qui tendait à faire varier au gré de l'héritier à réserve, la consistance générale de la succession et l'étendue de la quotité disponible; cette opinion contraire aux principes et aux usages du droit ancien était vivement combattue par les jurisconsultes qui soutenaient que la quotité disponible devait être déterminée, aujourd'hui comme autrefois, sur la masse entière des biens dont le défunt avait eu la possession pendant sa vie, même de ceux dont il avait disposé à titre gratuit; qu'en effet pour apprécier la validité de la dernière des dispositions et pour juger si le disposant a excédé la faculté que lui donnait la loi, il est indispensable de recomposer

(1) Voir dans ce cas de cette opinion un arrêt de cassation du 8 décembre 1824, S., 25. 1. 13, et les annotations sur la question au même tome, deuxième partie, p. 403.

au moins fictivement tout un patrimoine, et de calculer si sur cette masse le défunt a disposé d'une quotité plus forte que celle autorisée par la loi ; qu'ainsi c'est sur cette masse totale formée comme le prescrit l'article 922 que doit être calculée l'étendue de la quotité disponible.

1286. Cette dernière opinion, protégée par l'appui d'un grand nombre de Cours royales, a enfin triomphé, et la Cour de cassation l'a consacrée par un arrêt solennel, rendu en chambres réunies, le 8 juillet 1816.

Depuis, d'autres arrêts de la même Cour ont fixé définitivement la jurisprudence conformément aux vrais principes; ils sont du 13 mai 1828 et du 19 août 1829. Un arrêt de la Cour de Riom avait adopté cette doctrine dès le 16 novembre 1827, et un arrêt rendu de la Cour de Paris l'a confirmé, le 7 mars 1840 (1).

1287. Nous avons dit que dans la composition de la masse devraient entrer tous les biens et tous les droits.

L'achalandage d'un fonds de commerce et les marchandises qui en dépendent ont une valeur que l'on doit comprendre dans cette masse.

Les immeubles même sujets à éviction mais que possédait le défunt doivent en faire partie, sauf l'action en garantie du copartageant qui serait évincé contre les autres héritiers.

Les dettes actives, même douteuses, doivent aussi être comptées pour la fixation de la quotité disponible, sauf le recours des héritiers à réserve contre les donataires, si ces dettes n'étaient pas acquittées.

(1) Voir quatre de ces arrêts dans le Recueil de Sirey, t. 26. 1. 313; 28. 1. 201; 30. 2. 23. 40. 2. 426, et celui de 1829 dans le Recueil de Dalloz, 1829. 1. 340; voir aussi sur cette question une dissertation de Grenier, t. 2, n.s 597 et 597 *bis*; et Toullier, t. 3, no 526; Merlin, Répertoire, *verbo Réserve*, sect. 3; Favard, Répertoire, *Partage*, sect. 2, § 2, no 6; Delvincourt, t. 2, p. 226 et 235; Duranton, 8, n. 334.

Voir aussi les notes sur la jurisprudence antérieure dans le Recueil de Sirey, t. 25. 2. p. 403.

Les donations déguisées, et les libéralités indirectes, quelle qu'en soit la forme, lorsqu'elles sont reconnues ou démontrées, doivent également y figurer, et notamment les biens acquis, par les successibles de la ligne directe, à rente viagère ou sous réserve d'usufruit, l'article 918 considérant ces sortes d'aliénations comme des donations, et les imputant par ce motif sur la quotité disponible.

En un mot tout ce qui est sujet à imputation sur la quotité disponible comme aussi tout ce qui est sujet à rapport entre cohéritiers doit grossir la masse.

Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, ceux de noces et les présents d'usage ne doivent pas être rapportés par l'enfant qui en a profité. Ils ne doivent donc pas entrer dans la composition de la masse (Code civil, art. 852.)

Il en est de même suivant l'article 853 des profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites.

1288. L'immeuble qui a péri par un cas fortuit dans la main du donataire n'entre pas dans la masse; mais si le donataire l'avait vendu avant la perte, le prix qu'il en aurait retiré y entrerait.

Le motif de la première règle est sensible; le cas fortuit eût anéanti l'immeuble dans les mains du donateur, comme dans celle du donataire. Ayant péri, il a dû périr pour tout le monde. C'est aussi ce que décide l'article 855.

Il en serait autrement si la perte avait été causée par la faute du donataire. Celui-ci serait responsable de son fait, et devrait rapporter la valeur de la chose donnée. (Voir le même art. 855.)

1289. L'insolvabilité d'un donataire d'objets mobiliers a soulevé une question qui divise les auteurs les plus graves.

Doit-on comprendre fictivement dans la masse les valeurs dissipées?

Lorsque la réduction commandée par la réserve, n'atteint pas le don des valeurs dissipées par l'insolvable et qu'elle ne porte que sur des dons postérieurs, la réunion de ces valeurs à la masse ne peut éprouver de difficultés. Car elles sont sorties du patrimoine du défunt; et comme elles avaient épuisé tout ou partie de la quotité disponible, le donateur n'avait pu faire des libéralités postérieures qui étaient prises sur la réserve légale; ces libéralités doivent subir le retranchement nécessaire pour composer cette réserve.

Mais si le donataire insolvable a été gratifié le dernier, le rapport qu'il serait tenu de faire devenant illusoire, ne doit-on pas considérer les valeurs dissipées comme perdues pour l'hérédité? Et ne doit-on pas se borner à calculer la réserve légale sur la masse des biens existants au décès avec les autres valeurs qu'ont reçues et que doivent rapporter des donataires solvables?

C'est dans ce sens que Pothier décidait la question sous l'ancien droit, et son opinion a été adoptée par Levasseur, Malleville, Duranton, Delvincourt, et Vazeilles qui assimile à un prêt le don fait à un insolvable, et qui dit qu'il en doit être de l'insolvabilité du donataire comme de celle de l'emprunteur, c'est une perte pour l'hérédité; que dans l'un et dans l'autre cas la condition des successeurs doit être la même.

Le motif est spécieux et l'opinion a quelque apparence d'équité. Cependant elle ne nous paraît pas exacte. Elle est contraire au texte de la loi, et elle blesse son esprit.

Elle est contraire au texte puisque l'art. 922 prescrit formellement le rapport fictif ou réel de toutes les donations faites par le défunt, quels qu'en soient l'époque et l'objet.

Elle blesse son esprit : car le législateur a surtout voulu que la réserve légale fût conservée intacte pour les héritiers en ligne directe. Cette réserve a excité sa principale sollicitude. S'il a accordé la faculté de disposer, c'est seulement sauf la légitime de certains héritiers privilégiés. Le privilége

de ceux-ci, créé en leur faveur par la nature comme par la loi, s'étend à tous les biens, doit être préféré à toutes les donations et ne peut être altéré dans ses effets ni affaibli dans ses avantages par la volonté de l'homme ni par ses imprudences. Car la volonté de la loi les protége. Car cette volonté doit être respectée. Car ce n'est même que sous la condition de l'inviolabilité de la réserve légale qu'il établissait que le législateur a accordé la faculté de faire des dispositions à titre gratuit. Le maintien de ces dispositions et l'intérêt des donataires ou légataires ne doit donc avoir aucune influence là où la conservation de la réserve légale et l'intérêt des héritiers auxquels elle est affectée se fait sentir. Et ceux-ci doivent prendre la légitime qui leur appartient dans toute son étendue et partout où il se trouve des biens pour la fournir.

Ce n'est donc pas sur eux, créanciers privilégiés de cette légitime, que doit frapper l'insolvabilité d'un donataire qui a dissipé les valeurs données. Ce sont les autres donataires seuls qui doivent en souffrir, parce que le donateur n'a pu leur donner ce qui appartenait à ses héritiers d'un certain ordre; parce que les donataires eux-mêmes ont dû connaître la loi et s'attendre à la perte qu'ils éprouvent; parce que c'était à eux de veiller à leurs intérêts et de prendre des mesures pour la conservation du don qui leur était fait, et que le donateur devait lui-même, s'il voulait que ses premières libéralités fussent respectées, ou ne pas faire les dernières ou exiger des sûretés pour le rapport réel qui pourrait devenir un jour nécessaire afin de satisfaire à la réserve légale.

Telle est la solution qu'ont admise MM. Grenier, Toullier, Dalloz aîné. Elle nous paraît conforme à la vraie doctrine et nous n'hésitons pas l'adopter.

Nous pensons donc qu'aux biens existants au décès du père de famille on doit réunir réellement ou fictivement tous ceux qu'il a distribués à titre gratuit pendant sa vie, que les

donataires soient ou non solvables; que sur cette masse on doit calculer la valeur de la réserve légale, et que les héritiers à qui la loi confère cette réserve doivent en obtenir la délivrance sur tous les biens existants ou soumis au rapport, en commençant, si l'on veut, par réduire les dernières donations si les donataires sont solvables, mais en remontant des dernières aux premières, s'il le faut pour qu'ils soient payés intégralement de ce qui leur revient.

Mais nous ferons observer que les premiers donataires, qui auraient ainsi à souffrir de l'insolvabilité des donataires postérieurs et qui se trouveraient obligés d'acquitter leur dette, auraient un recours contre eux et seraient fondés à réclamer d'eux une indemnité complète s'ils devenaient un jour solvables.

1290. Sur la valeur estimative des objets à rapporter la loi fait entre le mobilier et les immeubles une distinction aussi juste qu'importante.

Le mobilier ne se rapporte qu'en moins prenant et sur le pied de sa valeur lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte de libéralité, ou à défaut de cet état, d'après une estimation par experts à juste prix et sans crue (article 868).

Cependant les rentes constituées, qui auraient dépéri sans la faute du donataire, ne peuvent entrer fictivement dans la masse que pour leur valeur au moment du décès non pour celle qu'elles avaient au moment de la donation. (Arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1830, D., 31. 1. 33.)

1291. Les immeubles donnés, qui sont sujets à un rapport fictif ou réel pour la composition de la masse, doivent y être rapportés d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur au moment de l'ouverture de la succession. Ce mode de rapport indiqué par l'équité est aussi prescrit par la loi. (Code civil, art. 860, 861 et 862.)

Aussi l'art. 861 veut-il qu'on tienne compte au donataire

des impenses qui ont amélioré la chose eu égard à ce dont sa valeur se trouve augmentée au temps du partage.

Mais dans cette augmentation de valeur on ne doit pas comprendre en faveur du donataire celles qui sont survenues, soit depuis la donation, soit depuis le décès par une cause antérieure et indépendante des impenses du donataire, *ex causâ antiquâ*. L'hérédité doit profiter de cette plus value accidentelle d'un héritage dépendant d'un patrimoine auquel ont droit des héritiers à réserve. Argument de la loi, § 1, ff. *ad legem falcidiam*. (Delvincourt, t. 2, p. 241.)

L'art. 862 ordonne de plus qu'on tiendra compte au donataire des impenses nécessaires qu'il a faites pour la conservation de la chose, encore qu'elles n'aient pas amélioré le fonds.

Remarquons que si le donataire est un successible et que la chose donnée soit encore dans ses mains, il en doit le rapport en nature (Code civil, art. 859), à moins cependant, dit l'article, qu'il n'existe dans la succession d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté dont on puisse former le lot des autres cohéritiers.

Si l'immeuble avait été aliéné par le donataire successible, le rapport n'en serait dû que fictivement.

Ce serait aussi fictivement qu'un donataire étranger et non copartageant devrait faire le rapport des objets qu'il aurait reçus, pourvu cependant que sa donation ne fût pas du nombre de celles sur lesquelles devrait porter la réduction.

Toutes ces règles résultent des dispositions des articles déjà cités et de celles de l'art. 922.

1292. Cet article 922 veut que pour la fixation de la quotité disponible, après avoir formé la masse, on en déduise les dettes. C'est l'application de la maxime *bona non sunt nisi deducto œre alieno*.

Mais cela ne signifie pas que les donataires, dont le titre est antérieur à ceux des créanciers et n'a rien d'irrégulier,

doivent acquitter les dettes aux dépens des valeurs qui leur ont été données. Les dettes ne sont payées que sur les biens libres qui sont dans la succession ; et en cas d'insuffisance les créanciers perdent. Leur position n'a pu s'améliorer par le décès de leur débiteur. Nous verrons dans la subdivision suivante que la réduction des donations ne doit pas leur profiter.

Cependant les donations d'immeubles, qui n'auraient pas été transcrites, ne pourraient pas être opposées aux créanciers. (Code civ., art. 941.)

Les frais de dernière maladie et les frais funéraires font partie des dettes à déduire de la masse.

On doit aussi en retrancher les frais de scellés, ceux d'inventaire, et en général tous ceux qu'entraîne la composition de cette masse. (Duranton, t. 8, nos 343 et 344.)

Les rentes viagères qui étaient dues par le défunt sont aussi une dette de l'hérédité, et on en évalue le capital pour le retrancher de la masse.

Par la même raison on devrait, au contraire, augmenter la masse de la valeur des capitaux des rentes viagères qui pourraient être dues à l'hérédité pendant la vie d'un tiers sur la tête duquel elles auraient été constituées conformément à l'art. 1971 du Code.

On doit aussi faire entrer dans la masse pour le calcul de la réserve les fruits pendants par racines au moment de l'ouverture de la succession soit dans les biens libres existants alors, soit dans les biens donnés. Car la masse doit comprendre tout le patrimoine du défunt, tel qu'il se serait trouvé à son décès s'il n'avait disposé pendant sa vie d'aucune partie de sa fortune.

Telles sont les principales règles sur la formation de la masse qui doit servir à calculer la réserve légale des héritiers directs.

3me Subdivision.

Des valeurs à imputer sur la réserve légale, des dispositions à réduire, et par qui la réduction peut-elle être demandée ?

SOMMAIRE.

1293. *Tout ce qui est sujet à rapport est sujet aussi à imputation sur la réserve.*
1294. *Les dettes payées pour l'enfant sont rapportables.*
1295. Idem *du prix du remplacement au service militaire.*
1296. *Non les frais de nourriture, d'apprentissage, d'équipement et de noces.*
1297. *Comment et dans quel ordre s'opèrent les réductions des libéralités excessives?*
1298. *Trois classes de biens sont à considérer pour cette réduction.*
1299. *Exception pour le cas d'une libéralité modique comparée à une donation à titre universel.*
1300. *Comment s'opère la réduction entre les légataires ?*
1301. *De la réduction d'une donation faite à un héritier? — Contradiction des art.* 866 *et* 924.
1302. *Le successible donataire sans préciput, peut-il, en acceptant la succession, retenir le don au préjudice d'un donataire postérieur de la quotité disponible?*
1303. *Le successible qui renonce à la succession peut-il retenir le don jusqu'à concurrence et de la quotité disponible et de la part qu'il aurait eue dans la réserve?*
1304. *Quels sont ceux qui ont le droit de demander la réduction des libéralités?*
1305. *Le droit de réduction s'applique aussi aux dons testamentaires.*
1306. *Pour être admis à l'exercer, il faut qu'il soit constant que les biens libres du défunt sont insuffisants.*
1307. *L'héritier à réserve doit-il, pour obtenir la réduction, faire apposer les scellés et requérir un inventaire ?*
1308. *Controverse dans l'ancien droit et dans le nouveau.*
1309. *Si rien n'indique la fraude, l'héritier à réserve conserve sans inventaire son droit à la réduction.*
1310. *L'enfant adoptif peut-il faire réduire les donations antérieures à l'adoption? — Controverse.*
1311. *L'adoption ne révoque pas les donations antérieures.*
1312. *Mais elle autorise l'action en réduction.*

1313. *L'action en réduction peut être exercée contre les tiers détenteurs.*

1314. Secus *si la donation a été déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux.*

1315. *Mode de la réduction.*

1316. *Le demandeur en réduction doit d'abord discuter à ses frais le donataire sur tous ses biens meubles et immeubles.*

1317. *Mais pour recouvrer les fruits contre le tiers détenteur, quelles précautions doit prendre le demandeur à l'égard du tiers détenteur?*

1318. *Le donataire ou le tiers détenteur peut offrir en argent la valeur du droit réclamé.*

1319. *De quel jour sont dues les jouissances au demandeur en réduction?*

1320. Quid *si quelques-uns seulement de ceux qui ont droit à la réduction la réclament?*

1321. *Les donataires connus ont-ils un recours contre les donataires ou acquéreurs postérieurs à leurs titres?*

1322. Quid *si la donation réductible était mobilière et non reçue par le donataire?*

1323. *De la prescription du droit à la réserve et à la réduction des donations.—Distinction entre les donataires et les tiers détenteurs.*

1293. Tout ce qui est sujet à rapport fictif ou réel entre cohéritiers pour la formation de la masse à partager est aussi sujet à imputation sur la réserve légale.

1294. Ainsi l'héritier qui la réclame, et qui, pour l'obtenir, veut faire réduire des dispositions entre-vifs ou testamentaires, doit y imputer tout ce qu'il a reçu à titre gratuit du défunt, même les dettes que celui-ci a payées pour lui. Car les dettes payées pour l'un des héritiers sont rapportables de même que les sommes employées à son établissement. (C. civ., art. 851.)

1295. Dans le nombre des dettes doit être compté le prix du remplacement au service militaire; car ce service est une dette de tout citoyen envers l'Etat ; et l'on est tenu de l'acquitter soi-même ou de payer quelqu'un qui l'acquitte pour nous.

1296. Mais comme nous l'avons fait observer en parlant des rapports, les frais de nourriture, d'entretien, d'apprentissage, ceux d'équipement et de noces ne sont pas rapportables, et par conséquent ne doivent pas être imputés sur la réserve.

1297. Nous avons vu dans la première subdivision de ce paragraphe que la réserve légale était une portion du patrimoine du défunt dont il ne lui était pas permis de disposer et qui était attribuée par la loi aux héritiers en ligne directe ; qu'ainsi la masse de ce patrimoine se divisait en deux portions égales ou inégales, selon le nombre et la qualité des héritiers, et que l'une de ces portions devait rester intacte pour les héritiers tandis que l'autre avait pu être employée par le défunt en libéralités faites par lui, soit par actes entre-vifs, soit par actes testamentaires. La conséquence nécessaire de ces principes est que, si les libéralités ne laissaient pas dans la succession assez de biens libres pour atteindre la portion réservée et déclarée indisponible, ces libéralités devraient subir une réduction.

Mais comment doit s'opérer cette réduction ; c'est-à-dire quelles sont les libéralités qui doivent la souffrir ?

Les art. 923 et suivants posent les règles à cet égard.

L'art. 923 porte :

Art. 923. « Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre-
» vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens com-
» pris dans les dispositions testamentaires ; et lorsqu'il y
» aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant
» par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant
» aux premières. »

L'art. 925 ajoute :

Art. 925. « Lorsque la valeur des donations entre-vifs excédera ou
» égalera la quotité disponible, toutes les dispositions tes-
» tamentaires seront caduques. »

Enfin l'article 926 s'occupe spécialement des dispositions testamentaires :

« Lorsque les dispositions testamentaires excéderont soit » la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui » resterait après avoir déduit la valeur des donations entre- » vifs, la réduction sera faite au marc le franc, sans au- » cune distinction entre les legs universels et les legs par- » ticuliers (1). » Art. 926.

1298. Ainsi il y a trois classes de biens à discuter par les héritiers pour obtenir la réserve légale.

La première classe se forme des biens libres de la succession ;

(1) Le Code des Deux-Siciles dans ses art. 837 à 847, a admis les règles sur la réduction portées dans les art. 920 à 930 du Code Napoléon ;

Elles ont aussi été admises dans le Code de la Louisiane par les articles 1489, 1491, 1492, 1494, 1496 à 1499, 1502 à 1505 ;

L'art. 1490 déclare que la donation entre-vifs réductible conserve tout son effet pendant la vie du donateur ;

L'art. 1493, que dans le rapport fictif des biens donnés on ne doit pas faire entrer ceux qui ont péri par cas fortuit dans les mains du donataire, mais qu'on doit y comprendre ceux qui ont péri par sa faute ;

L'art. 1495 que lorsque le dernier donataire est insolvable, l'héritier peut après discussion préalable s'adresser au donataire qui le précède pour réclamer sa légitime et ainsi de suite ;

L'art. 1500 que les donations rémunératoires ne sont jamais réductibles au-delà de la valeur estimative des services rendus ;

Le Code sarde, art. 1156 à 1159 et 1160, a adopté les règles des articles 921 à 925 et 930 du Code français ;

Le Code de Vaud dans les art. 578 à 581, 582 et 583 a admis les principes des art. 920 à 923, 929 et 930 de notre Code ;

Le Code hollandais dans les art. 967, 968, 971, 973 à 975, 976, est conforme aux art. 921, 922, 923, 926 à 929, 930 de notre Code ;

L'art. 967 ajoute : « Néanmoins, les légitimaires ne pourront jouir » de l'effet de la réduction au préjudice des créanciers du défunt. » Cette modification détruit tous les avantages de la règle ;

L'art. 970 porte qu'on ne comprendra pas dans la masse la chose donnée si elle a péri sans la faute du donataire avant le décès du donateur ; mais il veut qu'on y comprenne celle qui ne peut se recouvrer à cause de l'insolvabilité du donataire ;

L'art. 972 veut que la chose donnée soit restituée en nature, à moins qu'elle ne soit pas commodément divisible ;

L'art. 976 exige la discussion du donataire avant qu'on s'adresse aux tiers acquéreurs, et déclare l'action éteinte par le laps de trois ans du jour de l'acceptation de la succession.

La seconde, de ceux compris dans les dispositions testamentaires ;

La troisième, de ceux qui ont été donnés entre-vifs.

Les héritiers à réserve doivent suivre dans leur réclamation l'ordre qui vient d'être indiqué. Il ne leur est pas permis de l'intervertir.

On conçoit, en effet, que s'il existe dans l'hérédité des biens libres suffisants pour les remplir de leurs droits, ils n'ont pas à se plaindre des dispositions qui ont été faites par le défunt ; car celui-ci n'a pas excédé ses pouvoirs.

On conçoit aussi que s'il y a insuffisance dans les biens libres, c'est aux dépens de ceux dont il a été disposé par testament, que la réserve légale, cette légitime que la sagesse du législateur à établie en faveur des héritiers en ligne directe, doit être d'abord complétée s'il est possible ; car les légataires n'ont pas la saisine des valeurs qui leur ont été léguées. Ils doivent les recevoir des héritiers à réserve auxquels ils sont tenus d'en demander la délivrance. (V. C. civ., article 1004 et 1011.)

Et il est évident que cette délivrance ne doit leur être accordée que sous la retenue de ce que la loi réserve elle-même pour les héritiers, et jusqu'à concurrence seulement de l'excédant de cette réserve.

Enfin il est juste de respecter les droits acquis aux donataires entre-vifs pendant la vie même du donateur, et par conséquent d'épuiser pour la réserve légale soit les biens libres soit ceux donnés par testament, avant d'atteindre les biens dont le donateur s'est dépouillé de son vivant. Car celui-ci, ayant épuisé par des actes entre-vifs toute la quotité dont il lui était permis de disposer, n'a plus eu le droit de faire aucune libéralité par testament, puisque ces libéralités ne pouvaient porter que sur la quotité indisponible.

Quant au cas où la quotité disponible a été dépassée par les donations entre-vifs, il est clair que la réduction que la loi ordonne doit être exercée sur celles des donations qui

ont les dernières en date, puisqu'à l'époque où elles ont été aites le donateur n'avait plus le droit de disposer ; les biens ui lui restaient alors étant destinées par la loi à ses héritiers réserve. La règle écrite dans l'art. 923 n'est, au reste, ue la copie de l'art. 34 de l'ordonnance de 1731.

1299. Cependant il est un cas où l'ordre des dates ne oit pas être observé pour la réduction des donations. Ce as nous l'avons déjà signalé : c'est celui où un don modique st en concurrence avec une donation à titre universel. Le on modique doit être maintenu et la donation universelle éduite.

Mais pourquoi ?

Parce que la loi, par l'art. 1083, autorise les dons de ommes modiques même au préjudice des donataires à titre niversel précédemment gratifiés ; et que ceux-ci doivent e soumettre aux conséquences de l'exercice d'une faculté ont ils avaient été prévenus par l'article cité. A cette exeption près, toutes les donations directes ou indirectes qui ntrent dans la composition de la masse pour fixer la réerve légale sont aussi sujettes à réduction, s'il y a lieu, nais toujours en suivant l'ordre des dates des titres qui les enferment.

1300. L'art. 926 sur la réduction des dispositions testanentaires a fait une innovation à l'ancien droit.

Autrefois les légitimaires, qui ne trouvaient pas dans les iens libres du défunt la légitime qu'ils avaient le droit l'exiger, devaient la réclamer d'abord contre les héritiers estamentaires ou les légataires à titre universel. Ce n'éait que subsidiairement qu'ils pouvaient se pourvoir contre es légataires particuliers (1).

Aujourd'hui tous les legs, quelles que soient leurs classes, u'ils soient universels, à titre universel ou particulier,

(1) Ricard, *des Donations*, partie 3, chap. 8, sect. 2; Le Brun, *des uccessions*.

doivent contribuer à acquitter la réserve légale dans la proportion de leur valeur.

Ce mode de contribution a pour base l'intention présumée du défunt. On présume qu'il aurait affaibli proportionnellement tous les legs qu'il a faits s'il eût fixé son attention sur la réserve légale dont il était débiteur.

Aussi le mode change-t-il s'il apparaît d'une autre intention dans le testament.

C'est ce que décide l'article 927 dont voici les termes :

Art. 927. « Néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura ex-
» pressément déclaré qu'il entend que tel legs sera acquitté
» de préférence aux autres, cette préférence aura lieu, et le
» legs qui en sera l'objet ne sera réduit qu'autant que la
» valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale. »

Ainsi l'intention exprimée fait changer la règle que l'intention présumée avait fait établir.

1301. Lorsque les donations entre-vifs qui excèdent la quotité disponible ont été faites à des donataires étrangers, l'exécution de l'art. 923 est très-simple, puisqu'il s'agit seulement de se fixer sur les dates des donations et de réduire les plus récentes pour le complément de la réserve légale.

Mais lorsque parmi les derniers donataires se trouve un héritier en ligne directe qui a lui-même droit à une portion de la réserve légale, que doit-on faire ?

L'article 924 a prévu ce cas. Voici comment il s'exprime :

Art. 924. « Si la donation entre-vifs, réductible a été faite à l'un
» des successibles, il pourra retenir sur les biens donnés la
» valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier
» dans les biens non disponibles, s'ils sont de même nature. »

L'application de cet article peut se présenter dans deux circonstances bien différentes :

Ou le donataire successible accepte la succession ;

Ou il y renonce.

La règle pourra-t-elle être invoquée dans les deux cas, quelqu'opposés qu'ils soient ?

Si le donataire successible accepte la succession, il peut arriver que le don qu'il a reçu excède sa portion héréditaire. Deux hypothèses peuvent alors se rencontrer : L'une lorsque le don a été fait en préciput ; l'autre d'après laquelle le don aurait été pur et simple, et le donateur aurait disposé depuis en faveur d'une autre personne de la quotité disponible.

Nous posons d'abord ces deux hypothèses réunies, parce que si le don n'avait pas été fait en préciput, et qu'il n'y eût pas eu de disposition de la quotité disponible, la succession s'ouvrant *ab intestat*, aucune difficulté n'existerait.

Le donataire acceptant, il serait placé sous l'empire de l'article 845, c'est-à-dire qu'il devrait rapporter au partage le don qu'il aurait reçu, et que ce rapport étant fait à la masse commune il partagerait cette masse avec ses cohéritiers par égalité.

Si au contraire le don lui avait été fait en préciput, fût-il ou non en concurrence avec un donataire postérieur ou un légataire de la quotité disponible, il se trouverait dans une position qui dans un cas spécial est prévu et réglé par l'article 866, ainsi conçu :

« Lorsque le don d'un immeuble fait à un successible » avec dispense de rapport, excède la portion disponible, le » rapport de l'excédent se fait en nature si le retranchement » de cet excédent peut s'opérer commodément. Art. 866.

» Dans le cas contraire si l'excédent est de plus de moitié » de la valeur de l'immeuble, le donataire doit rapporter » l'immeuble en totalité, sauf à prélever sur la masse la » valeur de la portion disponible ; si cette portion excède » la moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire peut » retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre et » à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement. »

1302. Cet article et l'article 924 doivent se combiner entr'eux. Le premier parle d'un cas particulier, celui du don d'un immeuble dont la division ne peut pas s'opérer ; et il veut que l'immeuble soit rapporté fictivement ou réel-

lement selon que la quotité disponible excède ou n'excède pas la valeur de la moitié de l'immeuble. Si la moitié de l'immeuble est d'une valeur inférieure à la quotité disponible, le donataire en préciput peut le retenir en totalité, sauf à moins prendre sur le surplus des biens pour sa portion héréditaire; et par conséquent il retient tout à la fois sur cet immeuble et la quotité disponible et sa légitime ou la portion qui lui revient dans la réserve légale. L'article 866 dans cette partie de ses dispositions est en harmonie parfaite avec l'article 924 qui autorise le donataire successible, dont la donation est réductible, à retenir sur les biens donnés la valeur de la portion à laquelle il aurait droit comme héritier.

Mais dans le surplus de ses dispositions, l'article 866 ne se concilie pas avec l'article 924; l'un exige, en effet, le rapport réel de l'immeuble s'il n'est pas susceptible de division, et si la moitié de sa valeur excède la quotité disponible; et même lorsqu'il est susceptible de division il n'en autorise la retenue que jusqu'à concurrence de la quotité disponible; l'autre, au contraire, l'article 924 autorise le donataire à retenir sur la chose donnée, non-seulement la quotité disponible, mais encore la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier.

Il y a sous ce rapport entre les deux articles une antinomie qui doit surprendre. Quelques auteurs ont cherché à concilier les deux textes, mais ils n'y ont pas réussi. Il est plus simple et plus exact de reconnaître qu'il y a contradiction, et que c'est là une de ces négligences que l'on remarque dans notre législation nouvelle et qui a échappé à l'attention du législateur.

Quoi qu'il en soit, les termes de l'article 924 sont clairs et positifs; ils autorisent expressément tout successible qui est donataire et dont la donation excède la quotité disponible, à imputer sur sa part dans la succession la partie du don qui excède cette quotité. Le donataire avec dispense de rap-

port a sans nul doute le droit de faire cette imputation, nonobstant la règle contraire écrite dans l'article 866. Car il y aurait eu dérogation à cet article par l'art. 924 qui lui est postérieur, suivant la maxime : *Posteriora derogant prioribus* (1).

Cependant, conformément à l'article 924, cette imputation n'est admissible qu'autant que les autres biens disponibles sont de même nature, règle qui est écrite aussi dans l'article 859, et qui est fondée sur l'égalité d'avantages et de convenances dont doivent jouir tous les cohéritiers entre eux.

Ce que nous avons dit s'applique à la première hypothèse.

La seconde hypothèse a lieu lorsque la donation n'a pas été faite avec dispense de rapport.

Le donataire qui accepte a aussi dans cette hypothèse la faculté de retenir sur les biens donnés la valeur de sa portion héréditaire, quoique sa donation soit réductible dans l'intérêt de ses cohéritiers. L'article 924 l'y autorise expressément, et l'article 859 le lui permet aussi, pourvu que des biens de même nature existent dans le surplus de la masse héréditaire, pour composer les lots des autres cohéritiers. Cette condition prescrite par les deux articles est de rigueur dans les deux hypothèses. Cependant elle doit être sainement entendue ; et lors même que les immeubles donnés, comparés aux immeubles libres, présenteraient quelque différence dans leur nature, valeur et bonté, si cette différence n'était pas sensible, si surtout la retenue des biens donnés, pour la portion du donataire, ne causait pas un préjudice réel aux autres héritiers, elle devrait être autorisée. Il ne serait pas équitable, pour satisfaire à des exigences dénuées d'intérêt, de priver le donataire d'un immeuble dont il aurait long-temps joui et auquel il attacherait peut être un prix

(1) V. le *Commentaire des Successions et des Donations*, par M. Vazeilles sur l'art. 924.

d'affection ou de convenance ; les tribunaux ne doivent pas favoriser les tracasseries et les caprices.

1302. Si la donation, faite à un successible, mais dispensée de rapport, et excédant sa portion héréditaire dans la réserve légale, a été suivie d'une autre donation ou d'un legs de toute la quotité disponible, dont aurait été gratifié un des cohéritiers du donataire, celui-ci devrait-il le rapport de tout ce qui lui a été donné, et serait-il réduit à sa portion dans la réserve légale; tandis que son cohéritier, donataire postérieur ou légataire, profiterait de cette réduction pour obtenir la quotité disponible même aux dépens de la donation antérieure ainsi réduite.

La question soumise successivement aux Cours d'Agen et de Bordeaux avait été résolue par elles contre le premier donataire, mais elle l'a été définitivement en sa faveur par la Cour de cassation, et il en devait être ainsi.

Dans l'intérêt du légataire de la quotité disponible, on argumentait des dispositions de l'article 913 du Code, qui divise le patrimoine du père en deux parts :

L'une, formant la réserve légale, exclusivement attribuée aux enfants, et dont le père ne peut disposer à leur préjudice;

L'autre, dont le père peut disposer, soit en faveur de ses enfants, soit en faveur d'un étranger.

Cette quotité disponible, disait-on, lorsqu'elle est donnée à un successible ne cesse d'être sujette à rapport que lorsqu'elle lui a été donnée à titre de préciput. C'est ce que déclare l'article 919, et ce que veut aussi l'article 843; ce dernier article soumettant au rapport de tout ce qu'il a reçu, tout héritier venant à partage, à moins qu'il ne lui en ait été fait don expressément par préciput et hors part, et l'article 919 prévoyant le cas où la quotité disponible est donnée en tout ou en partie à un successible, et ne le dispensant du rapport que lorsque la disposition a été faite expressément à titre de préciput ou hors part.

On ajoutait qu'une seule exception avait été apportée à à cette règle par l'article 845, lequel dispose que l'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre-vifs ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la portion disponible. D'où il suit que l'enfant donataire sans dispense de rapport n'a droit, s'il accepte la succession, qu'à sa part héréditaire dans la portion du patrimoine du père, attribuée aux enfants à titre de réserve légale

Ces arguments ne roulaient que sur une confusion de principes.

Sans doute le donataire qui est successible doit à ses cohéritiers avec qui il partage le rapport des dons qu'il a reçus du défunt. (Code civil, art. 843.)

Mais il doit ce rapport à ses cohéritiers considérés comme tels et en leur qualité de cohéritiers, pour qu'ils obtiennent leur portion héréditaire ou leur réserve légale, même aux dépens des biens donnés s'il le faut.

Mais s'il existe dans le patrimoine du défunt d'autres biens suffisants pour remplir les autres cohéritiers de leurs portions héréditaires ou de leur réserve légale, si le rapport que ferait le donataire ne leur est pas nécessaire et ne devrait pas même leur profiter, si c'est à un donataire postérieur ou à un légataire même successible que ce rapport profiterait, le rapport ne peut être exigé. Car il n'est pas dû à un donataire postérieur ni à un légataire, et ceux-ci n'ont pas le droit de le demander. (Code civil, art. 921.) Car une donation postérieure ne peut être préférée à une donation antérieure. Car le donataire qui avait déjà disposé d'une partie de la quotité disponible n'avait pas le droit d'en disposer une seconde fois, puisqu'elle avait cessé de lui appartenir.

L'article 845 ne dit rien de contraire à cette doctrine. S'il dit que l'enfant qui renonce peut retenir le don qui lui a été fait jusqu'à concurrence de la quotité disponible, il ne dit pas que l'enfant qui accepte est privé des avantages qui

lui ont été faits, en faveur d'un donataire postérieur, et qu'il doit lui délaisser ce qu'il avait reçu antérieurement sur cette quotité disponible. Enfin si une donation faite à un successible quoique irrévocable de sa nature ne doit pas être préférée à la réserve des autres successibles, elle doit l'être au moins à la libéralité postérieure en date, faite à un de ces successibles, qui obtient, d'ailleurs, sa légitime ou sa réserve légale, et qui ne réclame ou ne peut réclamer le rapport et la réduction du don antérieur que pour s'en emparer en qualité de donataire ou légataire, et pour accroître le don qui lui a été fait illégalement quant à tout ce qui avait été l'objet de la première libéralité.

Ces moyens ont triomphé, et la décision contraire a été cassée par arrêt du 2 mai 1838 (1).

Cet arrêt important fera jurisprudence; car il est fondé sur la saine doctrine.

1303. Examinons si le donataire successible, qui renonce pour conserver le don qui lui a été fait, peut retenir la chose donnée jusqu'à concurrence non-seulement de la portion disponible mais encore de la réserve légale qu'il aurait eue s'il avait accepté la succession.

Cette question a été aussi très-controversée, et pendant plusieurs années les jurisconsultes, sous l'impression d'un arrêt longuement motivé de la Cour de cassation, hésitaient à adopter une opinion favorable au successible donataire, quoique leurs réflexions fussent fortifiées de l'appui des anciens principes, de la doctrine même, professée par plusieurs auteurs modernes des plus recommandables.

L'arrêt de Laroque de Mons, du 18 février 1818, rendu sous la présidence d'un habile magistrat, M. Desèze, avait décidé que l'enfant donataire universel de sa mère sans dispense de rapport, ne pouvait, s'il renonçait à la succession, retenir sur la chose donnée, cumulativement sa part dans la réserve légale et toute la quotité disponible.

(1) Le voir dans le Recueil de S., t. 38, 1, p. 385.

Pour repousser ce cumul qui était, de l'aveu de l'arrêt, admis dans le droit ancien, il est dit dans les motifs « qu'il » est vrai qu'alors dans les pays même où il fallait être hé- » ritier pour demander la légitime, on décidait que l'enfant » donataire pouvait en être saisi par la donation, et conserver » en outre tout ce qui excédait la légitime due à ses frères » et sœurs ;

» Qu'il devait, en effet, en être ainsi lorsque d'un côté » la légitime étant considérée comme une dette, comme une » pension alimentaire due par les pères et mères à leurs » enfants, on pouvait supposer qu'en leur faisant une do- » nation, ils avaient pour but principal de se libérer de » cette dette, de même que les enfants en l'acceptant avaient » voulu sans doute l'imputer sur ce qui leur était dû ;

» Lorsque d'un autre côté, la quotité, dont il était per- » mis aux pères et mères de disposer, soit au profit des » étrangers soit en faveur de leurs enfants, n'étant pas » limitée, la donation à quelque somme qu'elle montât, » n'était sujette à retranchement que jusqu'à concurrence » de ce qui était nécessaire pour fournir à chacun des en- » fants sa légitime personnelle ;

» Lorsqu'enfin la légitime de l'enfant qui renonçait profi- » tait au donataire universel, et n'était pas dévolue par droit » d'accroissement aux cohéritiers du renonçant ;

» Mais que les principes de cette ancienne législation sont » évidemment inconciliables avec ceux du Code civil qui, » au lieu de ne donner à chacun des enfants pour sa légitime » qu'une créance personnelle affectée sur les biens, leur » donne à tous collectivement la succession toute entière, » veut qu'il n'y aient part qu'en qualité d'héritiers, que » s'ils renoncent à la succession pour s'en tenir à leur don, » ce don reste fixé, pour eux comme pour les étrangers à » la quotité déclarée disponible, et qui, par l'article 845, » bornant à cette quotité ce que l'enfant qui renonce à la

» succession, a le droit de retenir, annonce bien clairement » qu'il ne peut en même temps retenir une partie de la ré» serve légale. »

Tels sont les principaux motifs de cet arrêt qui rappelle les divers articles du Code sur lesquels il se fonde, et notamment les articles 845, 913, 920, 921 et 924. En conséquence il refuse au sieur de Laroque de Mons toute participation à la réserve légale qu'il attribue en totalité à ses frères et sœurs, et il ne lui accorde que la quotité disponible, telle que l'aurait obtenue un donataire étranger.

Il est à remarquer que la donation ainsi réduite avait été faite le 28 messidor an 3, sous l'empire de la loi prohibitive du 17 nivôse an 2. Cette circonstance, que fait connaître l'arrêtiste Sirey en rapportant l'arrêt, aurait pu être invoquée par les frères et sœurs de Laroque, et faire déclarer nulle la donation même; car la loi du 17 nivôse défendait de faire aucune libéralité à un successible, et l'on sait que la capacité des donateurs et des donataires se règle par la loi en vigueur au moment de l'acte.

Mais il ne paraît pas que cet argument ait été soulevé, et la Cour de cassation comme celle de Bordeaux contre l'arrêt de laquelle on avait formé un pourvoi qui fut rejeté, jugèrent en principe que l'enfant donataire, qui renonce à la succession de son père, a seulement droit à la quotité disponible fixée par le Code, sa part de la réserve légale accroissant à ses frères et sœurs.

Ces principes étaient-ils bien vrais, et les arrêts qui les avaient consacrés devaient-ils faire jurisprudence?

On pouvait en douter; les arguments les plus forts y résistaient, Ces arguments ont enfin fini par triompher, et ils devaient l'emporter.

En effet, la réserve légale est sous le Code civil, ce qu'était la légitime sous l'ancien droit. C'est une portion des biens du père dont la loi s'empare pour payer au nom de celui-ci la dette de la nature.

Or, dans l'ancien droit, l'enfant donataire qui renonçait à la succession pouvait retenir le don qui lui avait été fait, par imputation non-seulement sur la quotité dont le père aurait pu disposer, mais encore sur la légitime que la loi lui destinait; et cette doctrine était admise, soit en pays de droit écrit où la légitime était considérée comme une créance et pouvait être réclamée par voie d'action même en renonçant à la succession, soit encore sous la Coutume de Paris où la légitime ne pouvait être demandée que par celui qui se portait héritier.

Dans les pays de droit écrit on observait la novelle 92 de Justinien qui autorisait tout donataire à s'abstenir de la succession pourvu qu'il souffrît, si cela était nécessaire, la réduction de sa donation pour la légitime des autres enfants. *Licet autem ei qui largitatem meruit, abstinere ab hæreditate; dum modò suppleat ex donatione, si opus sit, cæterorum portiones.*

Dans le droit coutumier, et notamment sous la Coutume de Paris qui était le droit commun d'une grande partie de la France, quoique la légitime ne fût due que *Jure hæreditario, néanmoins*, disait l'article 307, *où celui auquel on aurait donné se voudrait tenir à son don, faire le peut en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres.*

Tels étaient les principes admis dans toute la France au moment où les jurisconsultes les plus instruits, les plus habiles ont préparé, ont adopté notre Code civil.

Ces législateurs, si familiers avec l'ancien droit français, et qui en ont emprunté la presque totalité des règles du nouveau droit, auraient-ils voulu faire, auraient-ils fait une innovation aussi importante que celle que l'on suppose sans que rien, dans les discussions préparatoires de ces règles ne la signalât, sans qu'aucun article même de leur Code ne la démontrât clairement.

Cette idée est un outrage à la sagesse des rédacteurs de la loi nouvelle.

Mais sur quel article de cette loi a-t-on fondé le système que nous examinons?

Sur l'article 913 qui divise, dit-on, le patrimoine du défunt en deux portions bien tranchées : l'une constituant la réserve légale destinée aux enfants exclusivement; l'autre formant la quotité disponible, abandonnée à la discrétion et à l'arbitraire du père de famille;

Sur l'article 919 qui autorise le père de famille à donner en tout ou en partie la quotité disponible aux enfants ou aux autres successibles du donateur, sans que la donation soit sujette au rapport, pourvu que le don soit fait par préciput;

Sur l'article 845 principalement, suivant lequel « l'hé-
» ritier qui renonce à la succession peut cependant retenir
» le don entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à
» concurrence de la quotité disponible. »

Enfin sur les articles 785 et 786 qui déclarent, l'un que « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héri-
» tier;

L'autre que « la part du renonçant accroît à ses cohéri-
» tiers. »

Mais ces divers articles ne décident pas la question.

L'article 913, qui détermine la quotité de la réserve légale d'après le nombre des enfants, suppose par là même que chacun d'eux en recevra une portion.

L'article 919 parle seulement de la faculté qu'a le père de famille de donner par préciput à l'un de ses enfants tout ou partie de la quotité disponible. Mais il ne s'explique pas sur l'imputation d'une donation faite sous la condition de la dispense du rapport.

L'article 845 autorise, il est vrai, l'héritier qui renonce à retenir sur la quotité disponible le don ou le legs qui lui a été fait; mais il n'interdit pas la retenue de la valeur du don ou du legs sur la portion qui reviendrait à cet héritier dans la réserve légale. Prétendre qu'en permettant la retenue

ur une de ces valeurs, on la refuse sur l'autre, c'est faire e plus vicieux des arguments, c'est oublier cette ancienne naxime de toute législation, suivant laquelle les prohibiions ne se suppléent pas.

Il y a plus, comme le fait sagement observer M. Grenier, « le but de l'article 845 se borne à empêcher que l'héritier » avantagé sans dispense de rapport ne prenne tout à la fois, » et sa part dans la succession et son avantage. Cet article » suppose que le don n'excède pas la quotité disponible, et » que cette quotité est supérieure à la part héréditaire.

L'article 845 s'explique, au reste, par l'article 844 qui parlant de dons ou legs faits à un héritier avec dispense de rapport, dit aussi que cet héritier venant à partage, pouvait es retenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible, sans rappeler la réserve légale à laquelle cependant cet héritier ı un droit incontestable puisqu'il ne renonce pas.

Quant aux articles 785 et 786, ils sont étrangers à la dificulté. L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier; c'est-à-dire qu'il ne peut rien réclamer dans la succession. Mais cela ne signifie pas qu'il ne puisse pas conserver e qu'il a en son pouvoir et ce qu'il possédait même avant 'ouverture de l'hérédité. Ce qu'il aurait à prendre dans la succession s'il acceptait, accroît à ses cohéritiers, mais non e qu'il avait depuis long-temps dans ses mains, ce qui n'est plus dans l'hérédité.

Au reste, on ne doit pas assimiler le successible donataire, qui renonce à la succession pour s'en tenir au don qui lui a été fait, au successible qui renonce sans avoir rien reçu. Celui-ci aurait une part quelconque à prendre dans les biens du défunt. S'il renonce ce n'est pas pour conserver un avantage puisqu'il n'a rien reçu; c'est pour s'affranchir des embarras de la liquidation de l'hérédité; et par sa répudiation il se place tout à fait en dehors de cette liquidation pour laquelle il est remplacé par ses cohéritiers auxquels accroît sa portion des charges dans le passif de la succession

comme sa part des bénéfices dans l'actif. Mais il n'en est pas ainsi de celui qui renonce pour conserver le don qu'il a reçu. Ce don équivaut sans doute à ce qu'il aurait à réclamer pour sa part héréditaire. Car s'il valait moins il ne renoncerait pas. Ce successible donataire ne laisse réellement pas à ses cohéritiers de portion à recueillir à sa place par droit d'accroissement, puisqu'il retient cette portion ; il ne leur laisse que les embarras de la liquidation. Encore n'est-il pas lui-même absolument étranger à ces embarras ; car il y est intéressé pour éviter la réduction du don qu'il retient, et à cause du rapport au moins fictif qu'il doit faire pour la composition de la masse. La renonciation du successible donataire est donc essentiellement différente, dans ses effets comme dans sa cause, de celle du successible qui n'a rien reçu ; et elle ne permet pas d'appliquer à l'un comme à l'autre, dans toute leur étendue, les dispositions des articles 785 et 786 du Code civil.

Remarquons aussi qu'il ne faut pas confondre un successible avec un étranger relativement à la quotité disponible.

A l'égard d'un étranger la quotité disponible est restreinte à ce qui reste du patrimoine, distraction faite de tout ce que la loi réserve aux successibles qui sont appelés à partager entr'eux toute cette portion de la masse héréditaire.

Mais relativement à l'un des successibles, la quotité disponible s'augmente de toute la part qui reviendrait à ce successible dans la réserve légale. Car le don que lui attribuerait cette portion de la réserve et de toute la quotité disponible ne lèserait pas les droits des autres cohéritiers, puisque chacun de ceux-ci n'en trouverait pas moins dans la succession toute la part que la loi lui destine dans le réserve légale. Ces cohéritiers, recueillant ainsi tout ce qu'ils auraient à prétendre dans la réserve, seraient nécessairement inadmissibles à demander la réduction d'une donation qui ne leur enlèverait rien de ce qui leur appartient. (Argument de l'article 921 du Code.)

Remarquons, de plus, qu'il y a une différence notable entre la donation entre-vifs faite à un étranger et celle faite à un successible, et surtout à un successible à réserve légale. Car le défunt ne devait rien ni pour le moment ni pour l'avenir à un étranger. S'il lui a donné ce n'a été que par une pure libéralité. Aucune autre cause impulsive n'a pu dicter la donation. Aussi le don fait à l'étranger s'impute-t-il nécessairement sur la quotité disponible. Pour qu'il en soit ainsi il n'est pas besoin de l'exprimer dans l'acte; il n'est pas besoin par suite d'y énoncer que le don est fait avec dispense de rapport.

Il en est autrement d'une donation faite à un successible; pour qu'elle soit imputable sur la quotité disponible il faut que l'acte de libéralité le déclare; il faut qu'il y soit dit expressément que le don est fait avec dispense de rapport ou par préciput. (V. l'art. 843.)

Pourquoi cette différence entre les deux donations?

Parce que leur caractère n'est pas le même, parce que leurs causes impulsives peuvent être et sont ordinairement essentiellement différentes :

Celle faite à un étranger est le plus souvent un acte de munificence et de générosité, tandis que celle faite à un successible, à un enfant, par exemple, est, en général, un acte de justice, le paiement par anticipation d'une dette, et même quelquefois celui d'une dette exigible dès l'instant même.

En effet, les successibles à réserve légale ont tous droit à des aliments s'ils sont dans le besoin. Or, celui qui les doit, en leur faisant un don, acquitte sa dette et évite la réclamation.

Ne fussent-ils pas même dans le dénuement, les successibles à réserve légale ont sur le patrimoine que laissera un jour leur ascendant un droit que la nature elle-même a signalé, que la loi civile a établi, et dont ils ne peuvent être dépouillés. Or, ce droit, qui n'est, il est vrai, qu'une dette

doivent contribuer à acquitter la réserve légale dans la proportion de leur valeur.

Ce mode de contribution a pour base l'intention présumée du défunt. On présume qu'il aurait affaibli proportionnellement tous les legs qu'il a faits s'il eût fixé son attention sur la réserve légale dont il était débiteur.

Aussi le mode change-t-il s'il apparaît d'une autre intention dans le testament.

C'est ce que décide l'article 927 dont voici les termes :

Art. 927. « Néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura ex-
» pressément déclaré qu'il entend que tel legs sera acquitté
» de préférence aux autres, cette préférence aura lieu, et le
» legs qui en sera l'objet ne sera réduit qu'autant que la
» valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale. »

Ainsi l'intention exprimée fait changer la règle que l'intention présumée avait fait établir.

1301. Lorsque les donations entre-vifs qui excèdent la quotité disponible ont été faites à des donataires étrangers, l'exécution de l'art. 923 est très-simple, puisqu'il s'agit seulement de se fixer sur les dates des donations et de réduire les plus récentes pour le complément de la réserve légale.

Mais lorsque parmi les derniers donataires se trouve un héritier en ligne directe qui a lui-même droit à une portion de la réserve légale, que doit-on faire ?

L'article 924 a prévu ce cas. Voici comment il s'exprime :

Art. 924. « Si la donation entre-vifs, réductible a été faite à l'un
» des successibles, il pourra retenir sur les biens donnés la
» valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier
» dans les biens non disponibles, s'ils sont de même nature. »

L'application de cet article peut se présenter dans deux circonstances bien différentes :

Ou le donataire successible accepte la succession ;

Ou il y renonce.

La règle pourra-t-elle être invoquée dans les deux cas, quelqu'opposés qu'ils soient ?

Si le donataire successible accepte la succession, il peut :river que le don qu'il a reçu excède sa portion héréditaire. eux hypothèses peuvent alors se rencontrer : L'une lorsque : don a été fait en préciput ; l'autre d'après laquelle le don ırait été pur et simple, et le donateur aurait disposé de- ıis en faveur d'une autre personne de la quotité disponible.

Nous posons d'abord ces deux hypothèses réunies, parce ue si le don n'avait pas été fait en préciput, et qu'il n'y ût pas eu de disposition de la quotité disponible, la suc- ession s'ouvrant *ab intestat*, aucune difficulté n'existerait.

Le donataire acceptant, il serait placé sous l'empire de article 845, c'est-à-dire qu'il devrait rapporter au par- ıge le don qu'il aurait reçu, et que ce rapport étant fait la masse commune il partagerait cette masse avec ses co- éritiers par égalité.

Si au contraire le don lui avait été fait en préciput, fût- ou non en concurrence avec un donataire postérieur ou n légataire de la quotité disponible, il se trouverait dans ıne position qui dans un cas spécial est prévu et réglé par 'article 866, ainsi conçu :

« Lorsque le don d'un immeuble fait à un successible avec dispense de rapport, excède la portion disponible, le rapport de l'excédent se fait en nature si le retranchement de cet excédent peut s'opérer commodément. Art. 866.

» Dans le cas contraire si l'excédent est de plus de moitié » de la valeur de l'immeuble, le donataire doit rapporter » l'immeuble en totalité, sauf à prélever sur la masse la » valeur de la portion disponible ; si cette portion excède » la moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire peut » retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre et » à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement. »

1302. Cet article et l'article 924 doivent se combiner ntr'eux. Le premier parle d'un cas particulier, celui du lon d'un immeuble dont la division ne peut pas s'opérer ; t il veut que l'immeuble soit rapporté fictivement ou réel-

lement selon que la quotité disponible excède ou n'excède pas la valeur de la moitié de l'immeuble. Si la moitié de l'immeuble est d'une valeur inférieure à la quotité disponible, le donataire en préciput peut le retenir en totalité, sauf à moins prendre sur le surplus des biens pour sa portion héréditaire; et par conséquent il retient tout à la fois sur cet immeuble et la quotité disponible et sa légitime ou la portion qui lui revient dans la réserve légale. L'article 866 dans cette partie de ses dispositions est en harmonie parfaite avec l'article 924 qui autorise le donataire successible, dont la donation est réductible, à retenir sur les biens donnés la valeur de la portion à laquelle il aurait droit comme héritier.

Mais dans le surplus de ses dispositions, l'article 866 ne se concilie pas avec l'article 924; l'un exige, en effet, le rapport réel de l'immeuble s'il n'est pas susceptible de division, et si la moitié de sa valeur excède la quotité disponible; et même lorsqu'il est susceptible de division il n'en autorise la retenue que jusqu'à concurrence de la quotité disponible; l'autre, au contraire, l'article 924 autorise le donataire à retenir sur la chose donnée, non-seulement la quotité disponible, mais encore la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier.

Il y a sous ce rapport entre les deux articles une antinomie qui doit surprendre. Quelques auteurs ont cherché à concilier les deux textes, mais ils n'y ont pas réussi. Il est plus simple et plus exact de reconnaître qu'il y a contradiction, et que c'est là une de ces négligences que l'on remarque dans notre législation nouvelle et qui a échappé à l'attention du législateur.

Quoi qu'il en soit, les termes de l'article 924 sont clairs et positifs; ils autorisent expressément tout successible qui est donataire et dont la donation excède la quotité disponible, à imputer sur sa part dans la succession la partie du don qui excède cette quotité. Le donataire avec dispense de rap-

port a sans nul doute le droit de faire cette imputation, nonobstant la règle contraire écrite dans l'article 866. Car il y aurait eu dérogation à cet article par l'art. 924 qui lui est postérieur, suivant la maxime : *Posteriora derogant prioribus* (1).

Cependant, conformément à l'article 924, cette imputation n'est admissible qu'autant que les autres biens disponibles sont de même nature, règle qui est écrite aussi dans l'article 859, et qui est fondée sur l'égalité d'avantages et de convenances dont doivent jouir tous les cohéritiers entre eux.

Ce que nous avons dit s'applique à la première hypothèse.

La seconde hypothèse a lieu lorsque la donation n'a pas été faite avec dispense de rapport.

Le donataire qui accepte a aussi dans cette hypothèse la faculté de retenir sur les biens donnés la valeur de sa portion héréditaire, quoique sa donation soit réductible dans l'intérêt de ses cohéritiers. L'article 924 l'y autorise expressément, et l'article 859 le lui permet aussi, pourvu que des biens de même nature existent dans le surplus de la masse héréditaire, pour composer les lots des autres cohéritiers. Cette condition prescrite par les deux articles est de rigueur dans les deux hypothèses. Cependant elle doit être sainement entendue ; et lors même que les immeubles donnés, comparés aux immeubles libres, présenteraient quelque différence dans leur nature, valeur et bonté, si cette différence n'était pas sensible, si surtout la retenue des biens donnés, pour la portion du donataire, ne causait pas un préjudice réel aux autres héritiers, elle devrait être autorisée. Il ne serait pas équitable, pour satisfaire à des exigences dénuées d'intérêt, de priver le donataire d'un immeuble dont il aurait long-temps joui et auquel il attacherait peut être un prix

(1) V. le *Commentaire des Successions et des Donations*, par M. Vazeilles sur l'art. 924.

d'affection ou de convenance ; les tribunaux ne doivent pas favoriser les tracasseries et les caprices.

1302. Si la donation, faite à un successible, mais dispensée de rapport, et excédant sa portion héréditaire dans la réserve légale, a été suivie d'une autre donation ou d'un legs de toute la quotité disponible, dont aurait été gratifié un des cohéritiers du donataire, celui-ci devrait-il le rapport de tout ce qui lui a été donné, et serait-il réduit à sa portion dans la réserve légale; tandis que son cohéritier, donataire postérieur ou légataire, profiterait de cette réduction pour obtenir la quotité disponible même aux dépens de la donation antérieure ainsi réduite.

La question soumise successivement aux Cours d'Agen et de Bordeaux avait été résolue par elles contre le premier donataire, mais elle l'a été définitivement en sa faveur par la Cour de cassation, et il en devait être ainsi.

Dans l'intérêt du légataire de la quotité disponible, on argumentait des dispositions de l'article 913 du Code, qui divise le patrimoine du père en deux parts :

L'une, formant la réserve légale, exclusivement attribuée aux enfants, et dont le père ne peut disposer à leur préjudice ;

L'autre, dont le père peut disposer, soit en faveur de ses enfants, soit en faveur d'un étranger.

Cette quotité disponible, disait-on, lorsqu'elle est donnée à un successible ne cesse d'être sujette à rapport que lorsqu'elle lui a été donnée à titre de préciput. C'est ce que déclare l'article 919, et ce que veut aussi l'article 843 ; ce dernier article soumettant au rapport de tout ce qu'il a reçu, tout héritier venant à partage, à moins qu'il ne lui en ait été fait don expressément par préciput et hors part, et l'article 919 prévoyant le cas où la quotité disponible est donnée en tout ou en partie à un successible, et ne le dispensant du rapport que lorsque la disposition a été faite expressément à titre de préciput ou hors part.

On ajoutait qu'une seule exception avait été apportée à à cette règle par l'article 845, lequel dispose que l'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre-vifs ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la portion disponible. D'où il suit que l'enfant donataire sans dispense de rapport n'a droit, s'il accepte la succession, qu'à sa part héréditaire dans la portion du patrimoine du père, attribuée aux enfants à titre de réserve légale

Ces arguments ne roulaient que sur une confusion de principes.

Sans doute le donataire qui est successible doit à ses cohéritiers avec qui il partage le rapport des dons qu'il a reçus du défunt. (Code civil, art. 843.)

Mais il doit ce rapport à ses cohéritiers considérés comme tels et en leur qualité de cohéritiers, pour qu'ils obtiennent leur portion héréditaire ou leur réserve légale, même aux dépens des biens donnés s'il le faut.

Mais s'il existe dans le patrimoine du défunt d'autres biens suffisants pour remplir les autres cohéritiers de leurs portions héréditaires ou de leur réserve légale, si le rapport que ferait le donataire ne leur est pas nécessaire et ne devrait pas même leur profiter, si c'est à un donataire postérieur ou à un légataire même successible que ce rapport profiterait, le rapport ne peut être exigé. Car il n'est pas dû à un donataire postérieur ni à un légataire, et ceux-ci n'ont pas le droit de le demander. (Code civil, art. 921.) Car une donation postérieure ne peut être préférée à une donation antérieure. Car le donataire qui avait déjà disposé d'une partie de la quotité disponible n'avait pas le droit d'en disposer une seconde fois, puisqu'elle avait cessé de lui appartenir.

L'article 845 ne dit rien de contraire à cette doctrine. S'il dit que l'enfant qui renonce peut retenir le don qui lui a été fait jusqu'à concurrence de la quotité disponible, il ne dit pas que l'enfant qui accepte est privé des avantages qui

lui ont été faits, en faveur d'un donataire postérieur, et qu'il doit lui délaisser ce qu'il avait reçu antérieurement sur cette quotité disponible. Enfin si une donation faite à un successible quoique irrévocable de sa nature ne doit pas être préférée à la réserve des autres successibles, elle doit l'être au moins à la libéralité postérieure en date, faite à un de ces successibles, qui obtient, d'ailleurs, sa légitime ou sa réserve légale, et qui ne réclame ou ne peut réclamer le rapport et la réduction du don antérieur que pour s'en emparer en qualité de donataire ou légataire, et pour accroître le don qui lui a été fait illégalement quant à tout ce qui avait été l'objet de la première libéralité.

Ces moyens ont triomphé, et la décision contraire a été cassée par arrêt du 2 mai 1838 (1).

Cet arrêt important fera jurisprudence; car il est fondé sur la saine doctrine.

1303. Examinons si le donataire successible, qui renonce pour conserver le don qui lui a été fait, peut retenir la chose donnée jusqu'à concurrence non-seulement de la portion disponible mais encore de la réserve légale qu'il aurait eue s'il avait accepté la succession.

Cette question a été aussi très-controversée, et pendant plusieurs années les jurisconsultes, sous l'impression d'un arrêt longuement motivé de la Cour de cassation, hésitaient à adopter une opinion favorable au successible donataire, quoique leurs réflexions fussent fortifiées de l'appui des anciens principes, de la doctrine même, professée par plusieurs auteurs modernes des plus recommandables.

L'arrêt de Laroque de Mons, du 18 février 1818, rendu sous la présidence d'un habile magistrat, M. Desèze, avait décidé que l'enfant donataire universel de sa mère sans dispense de rapport, ne pouvait, s'il renonçait à la succession, retenir sur la chose donnée, cumulativement sa part dans la réserve légale et toute la quotité disponible.

(1) Le voir dans le Recueil de S., t. 38, 1, p. 385.

Pour repousser ce cumul qui était, de l'aveu de l'arrêt, admis dans le droit ancien, il est dit dans les motifs « qu'il » est vrai qu'alors dans les pays même où il fallait être hé- » ritier pour demander la légitime, on décidait que l'enfant » donataire pouvait en être saisi par la donation, et conserver » en outre tout ce qui excédait la légitime due à ses frères » et sœurs ;

» Qu'il devait, en effet, en être ainsi lorsque d'un côté » la légitime étant considérée comme une dette, comme une » pension alimentaire due par les pères et mères à leurs » enfants, on pouvait supposer qu'en leur faisant une do- » nation, ils avaient pour but principal de se libérer de » cette dette, de même que les enfants en l'acceptant avaient » voulu sans doute l'imputer sur ce qui leur était dû ;

» Lorsque d'un autre côté, la quotité, dont il était per- » mis aux pères et mères de disposer, soit au profit des » étrangers soit en faveur de leurs enfants, n'étant pas » limitée, la donation à quelque somme qu'elle montât, » n'était sujette à retranchement que jusqu'à concurrence » de ce qui était nécessaire pour fournir à chacun des en- » fants sa légitime personnelle ;

» Lorsqu'enfin la légitime de l'enfant qui renonçait profi- » tait au donataire universel, et n'était pas dévolue par droit » d'accroissement aux cohéritiers du renonçant ;

» Mais que les principes de cette ancienne législation sont » évidemment inconciliables avec ceux du Code civil qui, » au lieu de ne donner à chacun des enfants pour sa légitime » qu'une créance personnelle affectée sur les biens, leur » donne à tous collectivement la succession toute entière, » veut qu'il n'y aient part qu'en qualité d'héritiers, que » s'ils renoncent à la succession pour s'en tenir à leur don, » ce don reste fixé, pour eux comme pour les étrangers à » la quotité déclarée disponible, et qui, par l'article 845, » bornant à cette quotité ce que l'enfant qui renonce à la

» succession, a le droit de retenir, annonce bien clairement » qu'il ne peut en même temps retenir une partie de la ré- » serve légale. »

Tels sont les principaux motifs de cet arrêt qui rappelle les divers articles du Code sur lesquels il se fonde, et notamment les articles 845, 913, 920, 921 et 924. En conséquence il refuse au sieur de Laroque de Mons toute participation à la réserve légale qu'il attribue en totalité à ses frères et sœurs, et il ne lui accorde que la quotité disponible, telle que l'aurait obtenue un donataire étranger.

Il est à remarquer que la donation ainsi réduite avait été faite le 28 messidor an 3, sous l'empire de la loi prohibitive du 17 nivôse an 2. Cette circonstance, que fait connaître l'arrêtiste Sirey en rapportant l'arrêt, aurait pu être invoquée par les frères et sœurs de Laroque, et faire déclarer nulle la donation même; car la loi du 17 nivôse défendait de faire aucune libéralité à un successible, et l'on sait que la capacité des donateurs et des donataires se règle par la loi en vigueur au moment de l'acte.

Mais il ne paraît pas que cet argument ait été soulevé, et la Cour de cassation comme celle de Bordeaux contre l'arrêt de laquelle on avait formé un pourvoi qui fut rejeté, jugèrent en principe que l'enfant donataire, qui renonce à la succession de son père, a seulement droit à la quotité disponible fixée par le Code, sa part de la réserve légale accroissant à ses frères et sœurs.

Ces principes étaient-ils bien vrais, et les arrêts qui les avaient consacrés devaient-ils faire jurisprudence?

On pouvait en douter; les arguments les plus forts y résistaient, Ces arguments ont enfin fini par triompher, et ils devaient l'emporter.

En effet, la réserve légale est sous le Code civil, ce qu'était la légitime sous l'ancien droit. C'est une portion des biens du père dont la loi s'empare pour payer au nom de celui-ci la dette de la nature.

Or, dans l'ancien droit, l'enfant donataire qui renonçait à la succession pouvait retenir le don qui lui avait été fait, par imputation non-seulement sur la quotité dont le père aurait pu disposer, mais encore sur la légitime que la loi lui destinait; et cette doctrine était admise, soit en pays de droit écrit où la légitime était considérée comme une créance et pouvait être réclamée par voie d'action même en renonçant à la succession, soit encore sous la Coutume de Paris où la légitime ne pouvait être demandée que par celui qui se portait héritier.

Dans les pays de droit écrit on observait la novelle 92 de Justinien qui autorisait tout donataire à s'abstenir de la succession pourvu qu'il souffrît, si cela était nécessaire, la réduction de sa donation pour la légitime des autres enfants. *Licet autem ei qui largitatem meruit, abstinere ab hæreditate; dum modò suppleat ex donatione, si opus sit, cæterorum portiones.*

Dans le droit coutumier, et notamment sous la Coutume de Paris qui était le droit commun d'une grande partie de la France, quoique la légitime ne fût due que *Jure hæreditario, néanmoins*, disait l'article 307, *où celui auquel on aurait donné se voudrait tenir à son don, faire le peut en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres.*

Tels étaient les principes admis dans toute la France au moment où les jurisconsultes les plus instruits, les plus habiles ont préparé, ont adopté notre Code civil.

Ces législateurs, si familiers avec l'ancien droit français, et qui en ont emprunté la presque totalité des règles du nouveau droit, auraient-ils voulu faire, auraient-ils fait une innovation aussi importante que celle que l'on suppose sans que rien, dans les discussions préparatoires de ces règles ne la signalât, sans qu'aucun article même de leur Code ne la démontrât clairement.

Cette idée est un outrage à la sagesse des rédacteurs de la loi nouvelle.

Mais sur quel article de cette loi a-t-on fondé le système que nous examinons ?

Sur l'article 913 qui divise, dit-on, le patrimoine du défunt en deux portions bien tranchées : l'une constituant la réserve légale destinée aux enfants exclusivement ; l'autre formant la quotité disponible, abandonnée à la discrétion et à l'arbitraire du père de famille ;

Sur l'article 919 qui autorise le père de famille à donner en tout ou en partie la quotité disponible aux enfants ou aux autres successibles du donateur, sans que la donation soit sujette au rapport, pourvu que le don soit fait par préciput ;

Sur l'article 845 principalement, suivant lequel « l'hé-
» ritier qui renonce à la succession peut cependant retenir
» le don entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à
» concurrence de la quotité disponible. »

Enfin sur les articles 785 et 786 qui déclarent, l'un que « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héri-
» tier ;

L'autre que « la part du renonçant accroît à ses cohéri-
» tiers. »

Mais ces divers articles ne décident pas la question.

L'article 913, qui détermine la quotité de la réserve légale d'après le nombre des enfants, suppose par là même que chacun d'eux en recevra une portion.

L'article 919 parle seulement de la faculté qu'a le père de famille de donner par préciput à l'un de ses enfants tout ou partie de la quotité disponible. Mais il ne s'explique pas sur l'imputation d'une donation faite sous la condition de la dispense du rapport.

L'article 845 autorise, il est vrai, l'héritier qui renonce à retenir sur la quotité disponible le don ou le legs qui lui a été fait ; mais il n'interdit pas la retenue de la valeur du don ou du legs sur la portion qui reviendrait à cet héritier dans la réserve légale. Prétendre qu'en permettant la retenue

: de ces valeurs, on la refuse sur l'autre, c'est faire vicieux des arguments, c'est oublier cette ancienne e de toute législation, suivant laquelle les prohibi- e se suppléent pas.

a plus, comme le fait sagement observer M. Grenier, t de l'article 845 se borne à empêcher que l'héritier tagé sans dispense de rapport ne prenne tout à la fois, part dans la succession et son avantage. Cet article ose que le don n'excède pas la quotité disponible, et cette quotité est supérieure à la part héréditaire.

ticle 845 s'explique, au reste, par l'article 844 qui : de dons ou legs faits à un héritier avec dispense de t, dit aussi que cet héritier venant à partage, pouvait enir jusqu'à concurrence de la quotité disponible, sans er la réserve légale à laquelle cependant cet héritier roit incontestable puisqu'il ne renonce pas.

nt aux articles 785 et 786, ils sont étrangers à la dif- L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été r; c'est-à-dire qu'il ne peut rien réclamer dans la suc- . Mais cela ne signifie pas qu'il ne puisse pas conserver l a en son pouvoir et ce qu'il possédait même avant ture de l'hérédité. Ce qu'il aurait à prendre dans la ion s'il acceptait, accroît à ses cohéritiers, mais non il avait depuis long-temps dans ses mains, ce qui lus dans l'hérédité.

reste, on ne doit pas assimiler le successible donataire, once à la succession pour s'en tenir au don qui lui a t, au successible qui renonce sans avoir rien reçu. i aurait une part quelconque à prendre dans les biens funt. S'il renonce ce n'est pas pour conserver un ge puisqu'il n'a rien reçu; c'est pour s'affranchir des as de la liquidation de l'hérédité; et par sa répu- il se place tout à fait en dehors de cette liquidation quelle il est remplacé par ses cohéritiers auxquels ac- portion des charges dans le passif de la succession

comme sa part des bénéfices dans l'actif. Mais il n'en est pas ainsi de celui qui renonce pour conserver le don qu'il a reçu. Ce don équivaut sans doute à ce qu'il aurait à réclamer pour sa part héréditaire. Car s'il valait moins il ne renoncerait pas. Ce successible donataire ne laisse réellement pas à ses cohéritiers de portion à recueillir à sa place par droit d'accroissement, puisqu'il retient cette portion ; il ne leur laisse que les embarras de la liquidation. Encore n'est-il pas lui-même absolument étranger à ces embarras ; car il y est intéressé pour éviter la réduction du don qu'il retient, et à cause du rapport au moins fictif qu'il doit faire pour la composition de la masse. La renonciation du successible donataire est donc essentiellement différente, dans ses effets comme dans sa cause, de celle du successible qui n'a rien reçu ; et elle ne permet pas d'appliquer à l'un comme à l'autre, dans toute leur étendue, les dispositions des articles 785 et 786 du Code civil.

Remarquons aussi qu'il ne faut pas confondre un successible avec un étranger relativement à la quotité disponible.

A l'égard d'un étranger la quotité disponible est restreinte à ce qui reste du patrimoine, distraction faite de tout ce que la loi réserve aux successibles qui sont appelés à partager entr'eux toute cette portion de la masse héréditaire.

Mais relativement à l'un des successibles, la quotité disponible s'augmente de toute la part qui reviendrait à ce successible dans la réserve légale. Car le don que lui attribuerait cette portion de la réserve et de toute la quotité disponible ne lèserait pas les droits des autres cohéritiers, puisque chacun de ceux-ci n'en trouverait pas moins dans la succession toute la part que la loi lui destine dans le réserve légale. Ces cohéritiers, recueillant ainsi tout ce qu'ils auraient à prétendre dans la réserve, seraient nécessairement inadmissibles à demander la réduction d'une donation qui ne leur enlèverait rien de ce qui leur appartient. (Argument de l'article 921 du Code.)

Remarquons, de plus, qu'il y a une différence notable entre la donation entre-vifs faite à un étranger et celle faite à un successible, et surtout à un successible à réserve légale. Car le défunt ne devait rien ni pour le moment ni pour l'avenir à un étranger. S'il lui a donné ce n'a été que par une pure libéralité. Aucune autre cause impulsive n'a pu dicter la donation. Aussi le don fait à l'étranger s'impute-t-il nécessairement sur la quotité disponible. Pour qu'il en soit ainsi il n'est pas besoin de l'exprimer dans l'acte ; il n'est pas besoin par suite d'y énoncer que le don est fait avec dispense de rapport.

Il en est autrement d'une donation faite à un successible ; pour qu'elle soit imputable sur la quotité disponible il faut que l'acte de libéralité le déclare ; il faut qu'il y soit dit expressément que le don est fait avec dispense de rapport ou par préciput. (V. l'art. 843.)

Pourquoi cette différence entre les deux donations ?

Parce que leur caractère n'est pas le même, parce que leurs causes impulsives peuvent être et sont ordinairement essentiellement différentes :

Celle faite à un étranger est le plus souvent un acte de munificence et de générosité, tandis que celle faite à un successible, à un enfant, par exemple, est, en général, un acte de justice, le paiement par anticipation d'une dette, et même quelquefois celui d'une dette exigible dès l'instant même.

En effet, les successibles à réserve légale ont tous droit à des aliments s'ils sont dans le besoin. Or, celui qui les doit, en leur faisant un don, acquitte sa dette et évite la réclamation.

Ne fussent-ils pas même dans le dénuement, les successibles à réserve légale ont sur le patrimoine que laissera un jour leur ascendant un droit que la nature elle-même a signalé, que la loi civile a établi, et dont ils ne peuvent être dépouillés. Or, ce droit, qui n'est, il est vrai, qu'une dette

future, presque tous les ascendants l'acquittent pendant leur vie par des constitutions de dots et d'avancements d'hoirie ou par des donations non qualifiées, mais cependant destinées à fournir à leurs descendants les moyens de former des établissements utiles et de se préparer pour eux, pour leurs familles, une existence indépendante et assurée.

Ces dots, ces avancements d'hoirie, ces donations quelconques ne sont autre chose que le paiement par anticipation de la réserve légale, c'est-à-dire de la dette établie par la nature et par la loi.

Ils ont évidemment ce but principal, on pourrait dire même ce motif unique, toutes les fois qu'ils ne sont pas faits par préciput ou hors part. Car c'est la cause de préciput qui leur imprime le cachet d'une pure libéralité. C'est elle seule qui en détermine l'imputation sur la quotité disponible, sur cette portion de patrimoine dont la loi a abandonné la distribution au plein arbitre du père de famille. Sans cette clause de préciput l'enfant donataire doit, à l'ouverture de la succession, restituer ce qu'il a reçu s'il veut prendre sa part héréditaire; ou ce qui est la même chose, ce qui produirait le même résultat, il doit imputer sur cette part héréditaire la valeur du don que lui avait fait le père de famille.

Ainsi l'on doit reconnaître que toutes les fois que la donation faite à un successible ne l'a pas été avec dispense de rapport l'imputation s'en fait naturellement, nécessairement même, sur la part héréditaire de ce successible. On doit reconnaître aussi que cet effet résulte de la volonté même du père de famille donateur qui seul pouvait empêcher cette imputation et la diriger sur la quotité disponible en donnant par préciput et hors part; on doit reconnaître, par conséquent, que par cela même que la clause de dispense de rapport n'a pas été stipulée, le père de famille n'a entendu donner et le successible recevoir que par imputation sur la part héréditaire ou sur la réserve légale de celui-ci.

Et remarquons que ce langage, cette interprétation ne nous appartiennent pas. C'est le langage, c'est l'interprétation de la Cour de cassation elle-même dans les motifs de deux de ses arrêts, l'un du 24 mars 1834, dont nous parlerons dans un instant, l'autre, du 2 mai 1838 dont nous avons déjà parlé.

On lit dans ce dernier arrêt les motifs suivants :

« Attendu que lorsqu'il s'agit de donations faites par un père en faveur de ses enfants, la loi n'établit aucune distinction entre une donation pure et simple et une donation faite à titre d'avancement d'hoirie ; qu'une pareille donation est une sorte de délibation faite sur la part revenant à l'enfant donataire dans la succession de son père, et que, sous ce rapport, elle est toujours censée faite à titre d'avancement d'hoirie. »

On le voit, une donation, quelle qu'en soit la forme, si elle est faite à un enfant sans la clause de dispense de rapport, est réputée l'être par délibation sur la part qui lui reviendrait sur la succession du donateur. Celles dans lesquelles il y a stipulation de préciput sont par conséquent les seules qu'on puisse considérer comme faites aux dépens de la quotité disponible.

Il suit de là que pour se conformer à l'intention du donateur comme à celle du donataire, pour remplir le but de la donation, pour exécuter cette donation telle qu'elle a eu lieu, il faut à l'ouverture de la succession imputer la valeur des objets donnés d'abord sur la part héréditaire du donataire, ensuite, en cas d'insuffisance, sur la quotité disponible.

On doit l'imputer d'abord sur la part héréditaire, quoique ce donataire renonce à la succession, parce que tel a été le vœu des parties qui ont contracté dans l'acte de donation ; parce que, d'ailleurs, le donataire n'entend pas renoncer à cette part qu'il a déjà en sa possession, parce qu'il renonce seulement à réclamer la part qu'il pourrait avoir à préten-

dre dans les autres biens du défunt, dans ceux que celui-ci à laissés à son décès.

On doit aussi, en cas d'insuffisance de la part héréditaire, imputer l'excédant des valeurs données sur la quotité disponible, parce que la donation était irrévocable du donataire au donateur; parce que ce dernier a voulu au moment de l'acte que son donataire conservât tout ce qu'il lui donnait; parce qu'il n'a pu disposer ultérieurement au profit d'une autre personne de toute cette quotité disponible qu'il avait en partie absorbée par la première donation.

De là le droit qu'a le donataire successible qui, étant le premier en titre, renonce à la succession, de retenir tout ce qui lui a été donné, jusqu'à concurrence premièrement de sa part héréditaire, secondement de la valeur de la quotité disponible.

Or, ce droit qui résulte en sa faveur de la priorité de son titre et du caractère irrévocable de la donation, ce droit lui est précisément assuré par l'art. 924 qui doit se combiner avec l'art. 845, en réunissant les deux règles, l'une celle de l'art. 924 qui autorise le donataire à retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier, l'autre celle de l'art. 845 qui lui permet de retenir aussi le surplus des biens donnés jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

C'est ainsi qu'on doit concilier ces deux articles, car leurs dispositions, si elles n'étaient pas interprétées en ce sens, présenteraient une complète antinomie.

Concluons donc que le donataire successible, qui renonce, doit conserver tout ce qui lui a été donné, pourvu que sa valeur n'excède pas tout à la fois la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens du défunt et toute la quotité disponible.

D'ailleurs ce donataire successible mais renonçant n'a pas de rapport à faire, le rapport n'étant dû qu'entre cohéritiers qui viennent ensemble à partage (V. l'art. 857 et

les autres articles de la même section). Le donataire successible qui renonce à la succession n'est exposé qu'à une réduction si ce qui lui a été donné a plus de valeur que sa part héréditaire réunie à la quotité disponible, et l'action en réduction à laquelle il est sujet, comme tout autre donataire, ne l'oblige qu'à la restitution de l'excédant.

Telle doit être, il semble, la solution de la question proposée.

Cette solution est contraire à l'arrêt de Laroque de Mons dont nous avons ci-dessus transcrit les principaux motifs.

Mais la jurisprudence de cet arrêt contre lequel luttaient beaucoup de Cours royales paraît avoir été abandonnée par la Cour de cassation elle-même. Elle l'a été notamment par un arrêt du 11 août 1829 où l'on remarque ces motifs lumineux :

« Attendu que l'avancement d'hoirie n'est qu'une remise anticipée de la part que l'enfant ainsi doté est appelé à recueillir dans la succession de son père ;

» Attendu que l'enfant, qui accepte cette constitution dotale, ne peut en changer ni la nature ni la cause ni les effets, et qu'elle est toujours imputable sur l'hoirie au moment de l'ouverture de la succession, puisqu'elle a été constituée à ce titre par l'auteur commun ;

» Attendu que la renonciation à la qualité d'héritier faite par l'enfant doté en avancement d'hoirie n'est pas un acte déterminé d'abandon pur et simple ;

» Que si elle ne le prive pas du droit de conserver sa dot sans être obligé d'en faire le rapport effectif, ce n'est pas un obstacle à ce que cette dot ne soit, à l'égard de l'hérédité, rapportable fictivement et *imputable* d'abord *sur la part à laquelle sa qualité d'enfant donnerait à celui qui a été doté, droit dans la réserve légale, et subsidiairement seulement* sur la quotité dont le père *avait la libre disposition.* »

Ces motifs jugent nettement la question que nous venons de discuter. Il importe peu que dans l'espèce il fût question

d'une dot constituée en avancement d'hoirie, puisque, comme nous l'avons déjà déclaré plus haut, toute donation faite à un successible à réserve, est censée faite en avancement d'hoirie et à compte sur sa part héréditaire, si elle n'est pas accompagnée d'une clause de préciput.

La question a aussi été jugée en thèse par un second arrêt de la Cour de cassation qui, le 24 mars 1834, cassa une décision contraire.

La difficulté s'agitait entre deux enfants, l'un qui, par son contrat de mariage, avait reçu de son père une dot de 100,000 fr., l'autre qui, par testament, était légataire par préciput et hors part des biens composant un majorat.

La fille dotée déclara renoncer à la succession pour s'en tenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible à la donation de 100,000 francs qui lui avait été faite en avancement d'hoirie, en 1806, sous le Code civil.

Une contestation s'élève alors sur l'étendue et le mode de la rétention de cette donation.

Le légataire par préciput soutient que le don en avancement d'hoirie ne peut être retenu par la fille dotée que jusqu'à concurrence de la quotité disponible, puisque le père donateur en avait disposé.

Il soutient en second lieu que, dans tous les cas, la rétention du don en avancement d'hoirie devait s'imputer d'abord sur la réserve légale de la fille dotée, et ne porter sur la quotité disponible qu'autant que le don excéderait cette réserve.

Le tribunal de première instance décide que le don ne peut être retenu que jusqu'à concurrence de la réserve légale de l'enfant donataire.

Sur l'appel, la Cour de Nîmes décide, au contraire, que l'enfant qui renonce n'est plus héritier; que n'ayant droit à la réserve qu'en cette qualité, il l'a perdue en renonçant, et qu'ainsi le don qui lui a été fait ne peut plus porter que sur la quotité disponible.

Le fils légataire par préciput se pourvoit en cassation, et que juge la Cour régulatrice ?

Elle juge que la valeur de la donation serait perçue d'abord sur la partie de la réserve légale qui aurait appartenu à la donataire si elle n'avait pas renoncé, et subsidiairement, en cas d'insuffisance, sur la quotité disponible dont le fils aîné était légataire.

Les motifs de l'arrêt sont remarquables :

« Attendu que la loi appelle en principe général tous les enfants à succéder à leur père par portions égales ; que néanmoins elle autorise le père à disposer d'une quotité déterminée de sa succession, soit en faveur d'un de ses enfants, soit en faveur des étrangers, sans toutefois que la réserve légale de l'enfant puisse jamais être entamée ;

» Que si toute disposition faite en faveur d'un étranger doit être imputée sur la quotité disponible, puisque cet étranger n'a aucun droit à prétendre dans la succession du donateur, il en est autrement des dons qu'un père fait à l'un de ses enfants ;

» Qu'en effet le père peut disposer, en faveur de ses enfants, soit en avancement d'hoirie et en lui faisant la remise et la délégation anticipée de tout ou partie de sa portion dans la réserve légale, soit en lui donnant tout ou partie de la portion disponible ;

» Que le partage égal étant l'ordre de succession établi par la loi, tous les dons faits purement et simplement par le père à ses enfants sont réputés être faits en avancement d'hoirie ;

» Que le père n'est censé avoir disposé de la quotité disponible qu'autant qu'il a fait connaître sa volonté d'une manière expresse, et que cette volonté résulte manifestement de ses dispositions ;

» Que dans toute autre supposition le don en avancement d'hoirie, sans clause de préciput ni dispense de rapport, n'enlevant pas au père la faculté de disposer de la quotité

disponible, il en résulte que si, depuis ce don, le père a légué la quotité disponible par préciput à un autre enfant, le premier donateur peut bien renoncer à la succession paternelle; mais sa renonciation ne peut changer la nature du don qui lui a été fait, et n'a d'autre effet que de lui donner le droit de retenir ou de recevoir ce qui lui a été donné, d'abord en sa qualité d'enfant qu'il ne peut ni perdre ni abdiquer, sur la part qui lui aurait appartenu dans la réserve légale s'il n'eût pas renoncé, et subsidiairement, s'il y a lieu, sur la quotité disponible, afin que la réserve légale de ses frères et sœurs ne soit point entamée;

» Que c'est ce qui résulte de la combinaison de l'art. 845 du Code civil, placé au titre des rapports, et de l'art. 919 du même Code placé au titre de la quotité disponible;

» Que dans l'espèce la Cour royale de Nîmes a fait prévaloir sur la volonté du père, manifestée dans son testament, la renonciation de sa fille;

» Qu'au lieu de se borner à maintenir celle-ci dans l'intégralité du don qui lui avait été fait par son contrat de mariage, et de déclarer à cet effet que la valeur en serait perçue d'abord sur la partie de la réserve légale qui lui aurait appartenu si elle n'avait pas renoncé, et subsidiairement, en cas d'insuffisance, sur la quotité disponible dont le père avait ultérieurement disposé, l'arrêt attaqué a décidé que les 100,000 francs donnés à la fille par son contrat de mariage seraient exclusivement pris sur la quotité disponible, et que la portion héréditaire de cette donataire accroîtrait à ses frères et sœurs en vertu de sa renonciation;

» Qu'en ce faisant l'arrêt attaqué a ouvertement violé les dispositions de l'art. 919 du Code civil, et faussement appliqué celles de l'art. 845;

» Par ces motifs casse (1).»

Cet arrêt est d'autant plus important qu'il prononce non-

(1) V. le Journal de Sirey, t. 34. 1. 145.

seulement sur les intérêts de la donataire et du légataire en préciput, mais encore sur ceux des frères et sœurs de ceux-ci, héritiers aussi du défunt et auxquels la Cour de Nîmes avait attribué l'accroissement de la portion de la donataire dans la réserve légale.

Les défendeurs invoquèrent dans la discussion l'arrêt Laroque de Mons, du 18 janvier 1818, qui avait jugé la question dans un sens tout-à-fait contraire.

Ce préjugé n'arrêta pas la Cour de cassation, et elle donna un nouvel exemple de sa justice éclairée en réformant sa propre jurisprudence, et en cassant un arrêt qui s'y était conformé.

Depuis la Cour de cassation a encore consacré sa doctrine par un troisième arrêt du 30 mai 1836 rapporté aussi par Sirey, t. 36. 1. 449.

On doit considérer la jurisprudence comme étant aujourd'hui irrévocablement fixée sur la question.

Antérieurement aux arrêts que nous venons de citer, les Cours royales n'avaient qu'une jurisprudence incertaine. Les mêmes Cours avaient varié dans leurs décisions. La Cour de Riom elle-même avait rendu, le 12 mars 1828, sous la présidence cependant d'un illustre magistrat, un arrêt qui avait surpris et dont le résultat avait été d'attribuer à un donataire par préciput qui avait renoncé pour s'en tenir à l'avantage qui lui avait été fait une part plus faible que celle de son frère héritier *ab intestat*.

Ces variations ne se reproduiront sans doute plus.

La Cour de Limoges, le 4 décembre 1835, et celle de Lyon, le 10 mars 1836, ont adopté la dernière doctrine de la Cour de cassation (1).

La Cour de Grenoble l'admet aussi dans les motifs d'un arrêt du 4 février 1841 (2).

(1) S., t. 36. 2. p. 95 et 586.
(2) Sirey, t. 42. 2. 154. — Voir sur la question dans le sens de notre

1304. Après avoir examiné quelles sont les valeurs à imputer sur la réserve légale et quelles dispositions doivent être réduites, et après avoir distingué, quant au mode et à l'étendue de la réduction, les dispositions faites en faveur d'un successible de celles qui ont été attribuées à un étranger, il nous reste à rechercher par qui la réduction peut être demandée et quelles sont les actions qui sont autorisées pour l'obtenir.

Tous ceux qui ont droit à la réserve légale peuvent agir en réduction des donations qui les privent de tout ou partie de cette réserve.

C'est ce que déclare l'art. 921 :

Art. 921. « La réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être » demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la » réserve, par leurs héritiers ou ayants-cause ;

» Les donataires, les légataires ni les créanciers du dé- » funt ne pourront demander cette réduction ni en pro- » fiter. »

Ainsi les descendants, les ascendants, les enfants naturels et même les enfants adoptifs peuvent faire réduire les dispositions entre-vifs, lorsqu'il n'existe pas dans la succession assez de biens libres pour les remplir de la portion de biens que la loi leur réserve. Pour le développement de cette observation nous renvoyons à ce qui a été dit dans la première subdivision du présent paragraphe.

Nous ajouterons seulement que le droit de réduction n'est pas attaché aux personnes seulement des successibles à réserve. Ce droit est transmissible à leurs héritiers, à leurs créanciers, et en général à tous leurs représentants ; car des créanciers sont des ayants-cause que la loi autorise à exercer les actions de leur débiteur. (Code civ., art. 1166.)

opinion, Grenier, t. 2, nos 566, 566 bis et 594; Delvincourt, t. 2, p. 113, 216, 248 ; Malpel, supl. au *Traité des Successions*, p. 16.

Contrà, Toullier, t. 5, no 110 ; Favard de Langlade, Rép., vo *Renonciation*, § 1 ; Levasseur, Duranton, Vazeilles sur l'art. 845, no 1.

1305. Ce droit, les héritiers à réserve et leurs représentants peuvent aussi l'exercer sur les dispositions testamentaires. Si l'art. 921 n'en parle pas, c'est parce que, relativement à cette dernière espèce de disposition, les héritiers à réserve qui sont saisis par la loi n'ont pas à demander la portion qui leur est réservée. Ils n'ont qu'à la retenir sur les legs dont la loi les charge de faire la délivrance.

Quant aux créanciers, aux donataires et aux autres ayants-cause du défunt ils peuvent faire réduire les dispositions testamentaires; mais ils doivent respecter les donations entre-vifs. Car ils ne sauraient avoir plus de droits que le défunt qui n'aurait pu lui-même les révoquer.

1306. Mais pour que la réduction soit admise, il faut qu'il soit démontré qu'il n'existe pas dans l'hérédité des biens libres équivalents à la réserve légale.

1307. Pour prouver cette insuffisance les héritiers à réserve agiraient prudemment en faisant apposer les scellés sur le mobilier de leur auteur à son décès, et en provoquant un inventaire estimatif qui constaterait les forces de l'hérédité.

Mais l'absence de ces précautions ne doit pas les priver de leurs droits à la réduction. La loi ne leur impose pas la mesure ; on ne peut, par conséquent, les punir de l'avoir négligée par une déchéance sur laquelle aussi la loi est muette.

Cette rigueur même serait injuste dans beaucoup de cas ; en effet, à l'ouverture de la succession, les héritiers peuvent ignorer les donations et les legs faits par le défunt ; dans cette ignorance ils peuvent croire n'avoir aucun intérêt à faire les frais d'une apposition de scellés et ceux d'un inventaire ; et n'y aurait-il pas de l'arbitraire, dans le silence de la loi, à les punir d'une omission dont rien ne leur faisait connaître le danger ?

Au reste, les donataires et les légataires ont aussi à se reprocher cet oubli Les donataires et les légataires avaient eux-mêmes le droit de provoquer une apposition de scellés et un inventaire pour établir, dans l'intérêt des avantages

dont ils avaient été gratifiés, la consistance des biens qu'a laissés leur bienfaiteur à son décès. S'ils négligent eux-mêmes ce soin que leur commandait la prudence, comment seraient-ils admis à rejeter sur l'héritier seul les conséquences d'une faute qu'ils ont partagée?

Ces réflexions paraissent décisives pour les héritiers à réserve ; la faveur même que méritent cette classe d'héritiers et la protection dont la loi les entoure, en augmente la force.

1308. Cependant on ne doit pas le dissimuler. La question était controversée dans l'ancien droit ; elle l'est encore dans le nouveau.

Dans l'ancien droit Le Brun et Espiard son annotateur considéraient l'inventaire de la part de l'héritier comme indispensable; Ricard ne l'exigeait pas et Pothier avait adopté son avis.

Deux arrêts opposés avaient été rendus sur la difficulté par le Parlement de Paris en 1598 et en 1671.

Le dernier arrêt repousse la nécessité de l'inventaire.

Le Répertoire de Merlin, au mot *Légitime*, distingue entre l'héritier institué, qui est chargé d'acquitter des legs, et le légitimaire qui s'en tient à sa légitime. Il enseigne que l'inventaire est nécessaire au premier, mais qu'il ne l'est pas au second.

Chabrol, sur l'article 12 du chapitre 41 de la Coutume d'Auvergne, disserte pour prouver que dans cette province l'héritier légitime qui était chargé de payer des legs ne pouvait les faire réduire au quart suivant les dispositions de cette Coutume s'il n'avait pas fait faire inventaire. Il appuie son opinion sur l'authentique *sed cum testator ad legem falcidiam*

Mais il approuve l'avis de Basmaison qui limite la décision au cas où l'héritier a eu connaissance du testament (1).

(1) V. pour l'ancien droit Le Brun, *des Successions*, liv. 2, chap. 5,

Dans le nouveau droit, Toullier et Dalloz ne pensent pas que le droit de demander la réduction des libéralités soit subordonné à l'existence d'un inventaire.

Grenier hésite; Delvincourt le déclare nécessaire pour agir contre un donataire.

1309. Dans ce conflit d'opinions on doit se décider d'après les circonstances.

Si l'héritier à réserve est convaincu d'infidélité, qu'il ait fait ou non inventaire, sa demande en réduction doit être rejetée.

Mais si aucune présomption de fraude, de dissimulation des forces héréditaires ne s'élève contre lui, le défaut d'inventaire ne doit pas le priver de son droit contre les donataires, contre les légataires. Cela est vrai surtout lorsqu'il n'est pas prouvé qu'il ait connu les dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'il veut faire réduire.

L'héritier à réserve n'est tenu dans ce cas, pour justifier sa réclamation, que de donner un état fidèle de la consistance de la succession, et d'appuyer cet état des pièces ou des titres qu'il a en son pouvoir, sauf aux donataires et aux légataires à le contredire et à prouver soit par témoins soit par des présomptions graves, précises et concordantes, la valeur et la consistance réelle des biens dont l'héritier est resté en possession.

Si l'insuffisance de ces biens est reconnue, le défaut d'inventaire n'affaiblit pas le droit à la réduction. (Arrêt du 14 avril 1829. Cour de cass. rej., Dalloz, 29. 1. 200.)

1310. Nous avons dit que l'enfant adoptif avait droit à la réserve légale et par conséquent à la réduction des dispositions qui portaient atteinte à cette réserve.

n° 43, et Espiard sur Le Brun ; Chabrol, t. 2, p. 27 ; Ricard, *des Donations*, part. 3, n° 1518 ; Pothier, *Donations entre-vifs*, art. 5, § 7.

Et pour le nouveau droit, Toullier, t. 5, n° 166 ; Dalloz aîné, Jurisprudence, t. 5, p. 441, n° 10 ; Grenier, t. 2, n° 591 ; Delvincourt, t. 2, p. 100 et suiv.

Mais peut-il faire réduire les donations entre-vifs antérieures à son adoption ?

Cette question est très-controversée.

Toullier, Chabot de l'Allier, Malleville, Delvincourt et Grenier la décident contre l'enfant adoptif.

Duranton la résout en faveur de celui-ci.

Les partisans de la première opinion prétendent que l'adoption est un contrat, et que les principes du droit commun ne permettent pas d'anéantir ou de modifier, en conférant des droits nouveaux, ceux qui étaient antérieurement acquis ;

Qu'on ne peut assimiler des enfants adoptifs à des enfants nés en mariage en ce qui touche la réduction des donations; qu'on ne peut donner à la paternité fictive le même effet, la même énergie qu'à la paternité réelle ; qu'il existe entre ces deux paternités la même différence qu'entre le mariage et l'adoption. Le mariage tient à l'ordre social, c'est une institution d'intérêt public. L'adoption n'est qu'une institution civile et ne tient qu'à l'intérêt privé. C'est l'œuvre d'une volonté particulière et non celle de la nature. Le lien s'en forme par la volonté des parties contractantes, et l'on ne peut admettre que cette volonté puisse détruire, au préjudice d'un tiers, ce qu'une volonté précédente avait fait au profit de celui-ci.

1311. Aussi quoique les donations entre-vifs soient révoquées par la survenance d'enfants légitimes, l'on ne peut supposer qu'elles le soient par l'acte de filiation d'un enfant adoptif. Or les questions de réduction et celles de révocation ont beaucoup d'analogie; elles ont cela de commun qu'elles portent également atteinte à des donations antérieures; ainsi il est vrai de dire que le droit de réduction n'existe qu'au cas où la révocation peut avoir lieu.

A l'appui de cette opinion on invoque un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1822 qui a prononcé sur une question analogue; savoir que le retour stipulé en faveur

du donateur pour le cas de prédécès de la donataire sans enfants devait avoir son effet, nonobstant l'adoption d'un enfant, faite par la donataire, et quoique le donateur en qualité d'époux de la donataire eût consenti à l'adoption.

1312. Ces arguments sont graves. Mais ils trouvent leur réponse dans les puissants motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1825 qui, sous la présidence de M. Desèze, a jugé la question en thèse.

En voici les termes :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 350 du Code civil l'adopté a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant nés en mariage, même quand il y aurait des enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption ;

» Qu'ainsi de même que l'enfant légitime a une réserve sur la succession de son père, de même l'adopté en a une sur la succession de l'adoptant ;

» Qu'ainsi de même qu'aux termes des articles 920 et suivants du Code civil, l'enfant légitime peut faire réduire les donations qui portent atteinte à sa réserve, et à quelque époque que ces actes de libéralités aient été passés, de même l'adopté, à qui ce droit est commun, peut l'exercer sur toutes les donations faites au préjudice de sa réserve soit antérieurement soit postérieurement à son adoption ;

» Que vainement on oppose soit les lois relatives aux contrats, soit l'art. 960 du Code civil ; que l'adoption n'est pas un simple contrat, mais un acte de l'état civil, régi par des principes qui lui sont propres, régi, dans l'espèce par l'article 350 et par les lois sur les successions auxquelles cet article renvoie ; ce qui rend inapplicable à la cause la législation relative aux conventions ordinaires ; que l'article 960, ne disposant dans les cas qu'il prévoit que sur la révocation pure et simple des donations, est étranger à l'espèce où il s'agit d'une demande en réduction, différente

dre dans les autres biens du défunt, dans ceux que celui-ci à laissés à son décès.

On doit aussi, en cas d'insuffisance de la part héréditaire, imputer l'excédant des valeurs données sur la quotité disponible, parce que la donation était irrévocable du donataire au donateur; parce que ce dernier a voulu au moment de l'acte que son donataire conservât tout ce qu'il lui donnait ; parce qu'il n'a pu disposer ultérieurement au profit d'une autre personne de toute cette quotité disponible qu'il avait en partie absorbée par la première donation.

De là le droit qu'a le donataire successible qui, étant le premier en titre, renonce à la succession, de retenir tout ce qui lui a été donné, jusqu'à concurrence premièrement de sa part héréditaire, secondement de la valeur de la quotité disponible.

Or, ce droit qui résulte en sa faveur de la priorité de son titre et du caractère irrévocable de la donation, ce droit lui est précisément assuré par l'art. 924 qui doit se combiner avec l'art. 845, en réunissant les deux règles, l'une celle de l'art. 924 qui autorise le donataire à retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier, l'autre celle de l'art. 845 qui lui permet de retenir aussi le surplus des biens donnés jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

C'est ainsi qu'on doit concilier ces deux articles, car leurs dispositions, si elles n'étaient pas interprétées en ce sens, présenteraient une complète antinomie.

Concluons donc que le donataire successible, qui renonce, doit conserver tout ce qui lui a été donné, pourvu que sa valeur n'excède pas tout à la fois la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens du défunt et toute la quotité disponible.

D'ailleurs ce donataire successible mais renonçant n'a pas de rapport à faire, le rapport n'étant dû qu'entre cohéritiers qui viennent ensemble à partage (V. l'art. 857 et

les autres articles de la même section). Le donataire successible qui renonce à la succession n'est exposé qu'à une réduction si ce qui lui a été donné a plus de valeur que sa part héréditaire réunie à la quotité disponible, et l'action en réduction à laquelle il est sujet, comme tout autre donataire, ne l'oblige qu'à la restitution de l'excédant.

Telle doit être, il semble, la solution de la question proposée.

Cette solution est contraire à l'arrêt de Laroque de Mons dont nous avons ci-dessus transcrit les principaux motifs.

Mais la jurisprudence de cet arrêt contre lequel luttaient beaucoup de Cours royales paraît avoir été abandonnée par la Cour de cassation elle-même. Elle l'a été notamment par un arrêt du 11 août 1829 où l'on remarque ces motifs lumineux :

« Attendu que l'avancement d'hoirie n'est qu'une remise anticipée de la part que l'enfant ainsi doté est appelé à recueillir dans la succession de son père ;

» Attendu que l'enfant, qui accepte cette constitution dotale, ne peut en changer ni la nature ni la cause ni les effets, et qu'elle est toujours imputable sur l'hoirie au moment de l'ouverture de la succession, puisqu'elle a été constituée à ce titre par l'auteur commun ;

» Attendu que la renonciation à la qualité d'héritier faite par l'enfant doté en avancement d'hoirie n'est pas un acte déterminé d'abandon pur et simple ;

» Que si elle ne le prive pas du droit de conserver sa dot sans être obligé d'en faire le rapport effectif, ce n'est pas un obstacle à ce que cette dot ne soit, à l'égard de l'hérédité, rapportable fictivement et *imputable* d'abord *sur la part à laquelle sa qualité d'enfant donnerait à celui qui a été doté, droit dans la réserve légale, et subsidiairement seulement* sur la quotité dont le père *avait la libre disposition.* »

Ces motifs jugent nettement la question que nous venons de discuter. Il importe peu que dans l'espèce il fût question

d'une dot constituée en avancement d'hoirie, puisque, comme nous l'avons déjà déclaré plus haut, toute donation faite à un successible à réserve, est censée faite en avancement d'hoirie et à compte sur sa part héréditaire, si elle n'est pas accompagnée d'une clause de préciput.

La question a aussi été jugée en thèse par un second arrêt de la Cour de cassation qui, le 24 mars 1834, cassa une décision contraire.

La difficulté s'agitait entre deux enfants, l'un qui, par son contrat de mariage, avait reçu de son père une dot de 100,000 fr., l'autre qui, par testament, était légataire par préciput et hors part des biens composant un majorat.

La fille dotée déclara renoncer à la succession pour s'en tenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible à la donation de 100,000 francs qui lui avait été faite en avancement d'hoirie, en 1806, sous le Code civil.

Une contestation s'élève alors sur l'étendue et le mode de la rétention de cette donation.

Le légataire par préciput soutient que le don en avancement d'hoirie ne peut être retenu par la fille dotée que jusqu'à concurrence de la quotité disponible, puisque le père donateur en avait disposé.

Il soutient en second lieu que, dans tous les cas, la rétention du don en avancement d'hoirie devait s'imputer d'abord sur la réserve légale de la fille dotée, et ne porter sur la quotité disponible qu'autant que le don excéderait cette réserve.

Le tribunal de première instance décide que le don ne peut être retenu que jusqu'à concurrence de la réserve légale de l'enfant donataire.

Sur l'appel, la Cour de Nîmes décide, au contraire, que l'enfant qui renonce n'est plus héritier; que n'ayant droit à la réserve qu'en cette qualité, il l'a perdue en renonçant, et qu'ainsi le don qui lui a été fait ne peut plus porter que sur la quotité disponible.

Le fils légataire par préciput se pourvoit en cassation, et que juge la Cour régulatrice ?

Elle juge que la valeur de la donation serait perçue d'abord sur la partie de la réserve légale qui aurait appartenu à la donataire si elle n'avait pas renoncé, et subsidiairement, en cas d'insuffisance, sur la quotité disponible dont le fils aîné était légataire.

Les motifs de l'arrêt sont remarquables :

« Attendu que la loi appelle en principe général tous les enfants à succéder à leur père par portions égales ; que néanmoins elle autorise le père à disposer d'une quotité déterminée de sa succession, soit en faveur d'un de ses enfants, soit en faveur des étrangers, sans toutefois que la réserve légale de l'enfant puisse jamais être entamée ;

» Que si toute disposition faite en faveur d'un étranger doit être imputée sur la quotité disponible, puisque cet étranger n'a aucun droit à prétendre dans la succession du donateur, il en est autrement des dons qu'un père fait à l'un de ses enfants ;

» Qu'en effet le père peut disposer, en faveur de ses enfants, soit en avancement d'hoirie et en lui faisant la remise et la délégation anticipée de tout ou partie de sa portion dans la réserve légale, soit en lui donnant tout ou partie de la portion disponible ;

» Que le partage égal étant l'ordre de succession établi par la loi, tous les dons faits purement et simplement par le père à ses enfants sont réputés être faits en avancement d'hoirie ;

» Que le père n'est censé avoir disposé de la quotité disponible qu'autant qu'il a fait connaître sa volonté d'une manière expresse, et que cette volonté résulte manifestement de ses dispositions ;

» Que dans toute autre supposition le don en avancement d'hoirie, sans clause de préciput ni dispense de rapport, n'enlevant pas au père la faculté de disposer de la quotité

disponible, il en résulte que si, depuis ce don, le père a légué la quotité disponible par préciput à un autre enfant, le premier donateur peut bien renoncer à la succession paternelle; mais sa renonciation ne peut changer la nature du don qui lui a été fait, et n'a d'autre effet que de lui donner le droit de retenir ou de recevoir ce qui lui a été donné, d'abord en sa qualité d'enfant qu'il ne peut ni perdre ni abdiquer, sur la part qui lui aurait appartenu dans la réserve légale s'il n'eût pas renoncé, et subsidiairement, s'il y a lieu, sur la quotité disponible, afin que la réserve légale de ses frères et sœurs ne soit point entamée;

» Que c'est ce qui résulte de la combinaison de l'art. 845 du Code civil, placé au titre des rapports, et de l'art. 919 du même Code placé au titre de la quotité disponible;

» Que dans l'espèce la Cour royale de Nîmes a fait prévaloir sur la volonté du père, manifestée dans son testament, la renonciation de sa fille;

» Qu'au lieu de se borner à maintenir celle-ci dans l'intégralité du don qui lui avait été fait par son contrat de mariage, et de déclarer à cet effet que la valeur en serait perçue d'abord sur la partie de la réserve légale qui lui aurait appartenu si elle n'avait pas renoncé, et subsidiairement, en cas d'insuffisance, sur la quotité disponible dont le père avait ultérieurement disposé, l'arrêt attaqué a décidé que les 100,000 francs donnés à la fille par son contrat de mariage seraient exclusivement pris sur la quotité disponible, et que la portion héréditaire de cette donataire accroîtrait à ses frères et sœurs en vertu de sa renonciation;

» Qu'en ce faisant l'arrêt attaqué a ouvertement violé les dispositions de l'art. 919 du Code civil, et faussement appliqué celles de l'art. 845;

» Par ces motifs casse (1).»

Cet arrêt est d'autant plus important qu'il prononce non-

(1) V. le Journal de Sirey, t. 34. 1. 145.

seulement sur les intérêts de la donataire et du légataire en préciput, mais encore sur ceux des frères et sœurs de ceux-ci, héritiers aussi du défunt et auxquels la Cour de Nîmes avait attribué l'accroissement de la portion de la donataire dans la réserve légale.

Les défendeurs invoquèrent dans la discussion l'arrêt Laroque de Mons, du 18 janvier 1818, qui avait jugé la question dans un sens tout-à-fait contraire.

Ce préjugé n'arrêta pas la Cour de cassation, et elle donna un nouvel exemple de sa justice éclairée en réformant sa propre jurisprudence, et en cassant un arrêt qui s'y était conformé.

Depuis la Cour de cassation a encore consacré sa doctrine par un troisième arrêt du 30 mai 1836 rapporté aussi par Sirey, t. 36. 1. 449.

On doit considérer la jurisprudence comme étant aujourd'hui irrévocablement fixée sur la question.

Antérieurement aux arrêts que nous venons de citer, les Cours royales n'avaient qu'une jurisprudence incertaine. Les mêmes Cours avaient varié dans leurs décisions. La Cour de Riom elle-même avait rendu, le 12 mars 1828, sous la présidence cependant d'un illustre magistrat, un arrêt qui avait surpris et dont le résultat avait été d'attribuer à un donataire par préciput qui avait renoncé pour s'en tenir à l'avantage qui lui avait été fait une part plus faible que celle de son frère héritier *ab intestat*.

Ces variations ne se reproduiront sans doute plus.

La Cour de Limoges, le 4 décembre 1835, et celle de Lyon, le 10 mars 1836, ont adopté la dernière doctrine de la Cour de cassation (1).

La Cour de Grenoble l'admet aussi dans les motifs d'un arrêt du 4 février 1841 (2).

(1) S., t. 36. 2. p. 95 et 586.
(2) Sirey, t. 42. 2. 154. — Voir sur la question dans le sens de notre

1304. Après avoir examiné quelles sont les valeurs à imputer sur la réserve légale et quelles dispositions doivent être réduites, et après avoir distingué, quant au mode et à l'étendue de la réduction, les dispositions faites en faveur d'un successible de celles qui ont été attribuées à un étranger, il nous reste à rechercher par qui la réduction peut être demandée et quelles sont les actions qui sont autorisées pour l'obtenir.

Tous ceux qui ont droit à la réserve légale peuvent agir en réduction des donations qui les privent de tout ou partie de cette réserve.

C'est ce que déclare l'art. 921 :

t. 921. « La réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être » demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la » réserve, par leurs héritiers ou ayants-cause ;

» Les donataires, les légataires ni les créanciers du dé- » funt ne pourront demander cette réduction ni en pro- » fiter. »

Ainsi les descendants, les ascendants, les enfants naturels et même les enfants adoptifs peuvent faire réduire les dispositions entre-vifs, lorsqu'il n'existe pas dans la succession assez de biens libres pour les remplir de la portion de biens que la loi leur réserve. Pour le développement de cette observation nous renvoyons à ce qui a été dit dans la première subdivision du présent paragraphe.

Nous ajouterons seulement que le droit de réduction n'est pas attaché aux personnes seulement des successibles à réserve. Ce droit est transmissible à leurs héritiers, à leurs créanciers, et en général à tous leurs représentants ; car des créanciers sont des ayants-cause que la loi autorise à exercer les actions de leur débiteur. (Code civ., art. 1166.)

opinion, Grenier, t. 2, nos 566, 566 bis et 594; Delvincourt, t. 2, p. 113, 216, 248 ; Malpel, supl. au *Traité des Successions*, p. 16.

Contrà, Toullier, t. 5, no 110 ; Favard de Langlade, Rép., vo *Renonciation*, § 1 ; Levasseur, Duranton, Vazeilles sur l'art. 845, no 1.

1305. Ce droit, les héritiers à réserve et leurs représentants peuvent aussi l'exercer sur les dispositions testamentaires. Si l'art. 921 n'en parle pas, c'est parce que, relativement à cette dernière espèce de disposition, les héritiers à réserve qui sont saisis par la loi n'ont pas à demander la portion qui leur est réservée. Ils n'ont qu'à la retenir sur les legs dont la loi les charge de faire la délivrance.

Quant aux créanciers, aux donataires et aux autres ayants-cause du défunt ils peuvent faire réduire les dispositions testamentaires; mais ils doivent respecter les donations entre-vifs. Car ils ne sauraient avoir plus de droits que le défunt qui n'aurait pu lui-même les révoquer.

1306. Mais pour que la réduction soit admise, il faut qu'il soit démontré qu'il n'existe pas dans l'hérédité des biens libres équivalents à la réserve légale.

1307. Pour prouver cette insuffisance les héritiers à réserve agiraient prudemment en faisant apposer les scellés sur le mobilier de leur auteur à son décès, et en provoquant un inventaire estimatif qui constaterait les forces de l'hérédité.

Mais l'absence de ces précautions ne doit pas les priver de leurs droits à la réduction. La loi ne leur impose pas la mesure ; on ne peut, par conséquent, les punir de l'avoir négligée par une déchéance sur laquelle aussi la loi est muette.

Cette rigueur même serait injuste dans beaucoup de cas; en effet, à l'ouverture de la succession, les héritiers peuvent ignorer les donations et les legs faits par le défunt ; dans cette ignorance ils peuvent croire n'avoir aucun intérêt à faire les frais d'une apposition de scellés et ceux d'un inventaire ; et n'y aurait-il pas de l'arbitraire, dans le silence de la loi, à les punir d'une omission dont rien ne leur faisait connaître le danger ?

Au reste, les donataires et les légataires ont aussi à se reprocher cet oubli Les donataires et les légataires avaient eux-mêmes le droit de provoquer une apposition de scellés et un inventaire pour établir, dans l'intérêt des avantages

dont ils avaient été gratifiés, la consistance des biens qu'a laissés leur bienfaiteur à son décès. S'ils négligent eux-mêmes ce soin que leur commandait la prudence, comment seraient-ils admis à rejeter sur l'héritier seul les conséquences d'une faute qu'ils ont partagée?

Ces réflexions paraissent décisives pour les héritiers à réserve ; la faveur même que méritent cette classe d'héritiers et la protection dont la loi les entoure, en augmente la force.

1308. Cependant on ne doit pas le dissimuler. La question était controversée dans l'ancien droit ; elle l'est encore dans le nouveau.

Dans l'ancien droit Le Brun et Espiard son annotateur considéraient l'inventaire de la part de l'héritier comme indispensable; Ricard ne l'exigeait pas et Pothier avait adopté son avis.

Deux arrêts opposés avaient été rendus sur la difficulté par le Parlement de Paris en 1598 et en 1671.

Le dernier arrêt repousse la nécessité de l'inventaire.

Le Répertoire de Merlin, au mot *Légitime*, distingue entre l'héritier institué, qui est chargé d'acquitter des legs, et le légitimaire qui s'en tient à sa légitime. Il enseigne que l'inventaire est nécessaire au premier, mais qu'il ne l'est pas au second.

Chabrol, sur l'article 12 du chapitre 41 de la Coutume d'Auvergne, disserte pour prouver que dans cette province l'héritier légitime qui était chargé de payer des legs ne pouvait les faire réduire au quart suivant les dispositions de cette Coutume s'il n'avait pas fait faire inventaire. Il appuie son opinion sur l'authentique *sed cum testator ad legem falcidiam*

Mais il approuve l'avis de Basmaison qui limite la décision au cas où l'héritier a eu connaissance du testament (1).

(1) V. pour l'ancien droit Le Brun, *des Successions*, liv. 2, chap. 5,

Dans le nouveau droit, Toullier et Dalloz ne pensent pas que le droit de demander la réduction des libéralités soit subordonné à l'existence d'un inventaire.

Grenier hésite; Delvincourt le déclare nécessaire pour agir contre un donataire.

1309. Dans ce conflit d'opinions on doit se décider d'après les circonstances.

Si l'héritier à réserve est convaincu d'infidélité, qu'il ait fait ou non inventaire, sa demande en réduction doit être rejetée.

Mais si aucune présomption de fraude, de dissimulation des forces héréditaires ne s'élève contre lui, le défaut d'inventaire ne doit pas le priver de son droit contre les donataires, contre les légataires. Cela est vrai surtout lorsqu'il n'est pas prouvé qu'il ait connu les dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'il veut faire réduire.

L'héritier à réserve n'est tenu dans ce cas, pour justifier sa réclamation, que de donner un état fidèle de la consistance de la succession, et d'appuyer cet état des pièces ou des titres qu'il a en son pouvoir, sauf aux donataires et aux légataires à le contredire et à prouver soit par témoins soit par des présomptions graves, précises et concordantes, la valeur et la consistance réelle des biens dont l'héritier est resté en possession.

Si l'insuffisance de ces biens est reconnue, le défaut d'inventaire n'affaiblit pas le droit à la réduction. (Arrêt du 14 avril 1829. Cour de cass. rej., Dalloz, 29. 1. 200.)

1310. Nous avons dit que l'enfant adoptif avait droit à la réserve légale et par conséquent à la réduction des dispositions qui portaient atteinte à cette réserve.

n° 43, et Espiard sur Le Brun ; Chabrol, t. 2, p. 27 ; Ricard, *des Donations*, part. 3, n° 1518 ; Pothier, *Donations entre-vifs*, art. 5, § 7.

Et pour le nouveau droit, Toullier, t. 5, n° 166 ; Dalloz aîné, Jurisprudence, t. 5, p. 441, n° 10 ; Grenier, t. 2, n° 591 ; Delvincourt, t. 2, p. 100 et suiv.

Mais peut-il faire réduire les donations entre-vifs antérieures à son adoption ?

Cette question est très-controversée.

Toullier, Chabot de l'Allier, Malleville, Delvincourt et Grenier la décident contre l'enfant adoptif.

Duranton la résout en faveur de celui-ci.

Les partisans de la première opinion prétendent que l'adoption est un contrat, et que les principes du droit commun ne permettent pas d'anéantir ou de modifier, en conférant des droits nouveaux, ceux qui étaient antérieurement acquis ;

Qu'on ne peut assimiler des enfants adoptifs à des enfants nés en mariage en ce qui touche la réduction des donations; qu'on ne peut donner à la paternité fictive le même effet, la même énergie qu'à la paternité réelle ; qu'il existe entre ces deux paternités la même différence qu'entre le mariage et l'adoption. Le mariage tient à l'ordre social, c'est une institution d'intérêt public. L'adoption n'est qu'une institution civile et ne tient qu'à l'intérêt privé. C'est l'œuvre d'une volonté particulière et non celle de la nature. Le lien s'en forme par la volonté des parties contractantes, et l'on ne peut admettre que cette volonté puisse détruire, au préjudice d'un tiers, ce qu'une volonté précédente avait fait au profit de celui-ci.

1311. Aussi quoique les donations entre-vifs soient révoquées par la survenance d'enfants légitimes, l'on ne peut supposer qu'elles le soient par l'acte de filiation d'un enfant adoptif. Or les questions de réduction et celles de révocation ont beaucoup d'analogie ; elles ont cela de commun qu'elles portent également atteinte à des donations antérieures ; ainsi il est vrai de dire que le droit de réduction n'existe qu'au cas où la révocation peut avoir lieu.

A l'appui de cette opinion on invoque un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1822 qui a prononcé sur une question analogue; savoir que le retour stipulé en faveur

du donateur pour le cas de prédécès de la donataire sans enfants devait avoir son effet, nonobstant l'adoption d'un enfant, faite par la donataire, et quoique le donateur en qualité d'époux de la donataire eût consenti à l'adoption.

1312. Ces arguments sont graves. Mais ils trouvent leur réponse dans les puissants motifs d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1825 qui, sous la présidence de M. Desèze, a jugé la question en thèse.

En voici les termes :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 350 du Code civil l'adopté a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant nés en mariage, même quand il y aurait des enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption ;

» Qu'ainsi de même que l'enfant légitime a une réserve sur la succession de son père, de même l'adopté en a une sur la succession de l'adoptant ;

» Qu'ainsi de même qu'aux termes des articles 920 et suivants du Code civil, l'enfant légitime peut faire réduire les donations qui portent atteinte à sa réserve, et à quelque époque que ces actes de libéralités aient été passés, de même l'adopté, à qui ce droit est commun, peut l'exercer sur toutes les donations faites au préjudice de sa réserve soit antérieurement soit postérieurement à son adoption ;

» Que vainement on oppose soit les lois relatives aux contrats, soit l'art. 960 du Code civil ; que l'adoption n'est pas un simple contrat, mais un acte de l'état civil, régi par des principes qui lui sont propres, régi, dans l'espèce par l'article 350 et par les lois sur les successions auxquelles cet article renvoie; ce qui rend inapplicable à la cause la législation relative aux conventions ordinaires; que l'article 960, ne disposant dans les cas qu'il prévoit que sur la révocation pure et simple des donations, est étranger à l'espèce où il s'agit d'une demande en réduction, différente

quant à son objet et ses effets et surtout quant aux personnes qui en profitent, d'une demande en révocation (1).

Cet arrêt rendu sur les conclusions conformes de l'avocat-général Marchangy, rejeta le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Montpellier qui avait ordonné la réduction d'une institution contractuelle faite en faveur de la dame Carion de Nisas par son mari qui avait depuis adopté concurremment avec son épouse, la demoiselle Marie Limosin.

Cet arrêt paraît fondé sur la vraie doctrine. Celui qu'on opposait n'a jugé qu'une question d'interprétation d'une donation portant stipulation de retour en cas de prédécès du donataire sans enfants. La Cour royale avait pensé, d'après l'ensemble de l'acte, que suivant l'intention du donateur et du donataire, le mot *enfant* ne s'appliquait qu'à des enfants nés en mariage.

Quant à l'art. 960, il dit *expressément* que la révocation n'aura lieu que par la survenance d'un enfant légitime ou la légitimation d'un enfant naturel, ce qui exclut les enfants des autres qualités, et ce qui est une exception spéciale aux droits généraux attribués aux enfants adoptifs par l'article 350. M. Duranton remarque, au reste avec raison, qu'il se présentera fort rarement des cas de réduction des donations antérieures à l'adoption, à cause des nombreuses conditions exigées pour adopter et des délais nécessaires pour l'accomplissement de ces conditions. Les adoptions rémunératoires faites sur des motifs supposés pourraient seules donner lieu à quelques abus. Mais les parties intéressées pourraient faire annuler ces adoptions comme frauduleuses.

1313. L'action en réduction peut être exercée, non-seulement contre les donataires eux-mêmes, mais encore contre les tiers détenteurs des immeubles donnés. C'est la disposition expresse de l'article 930.

(1) Voir l'arrêt et les citations dans le Recueil de Sirey, t. 26. 1. 313, et dans celui de Dalloz jeune, 1825. I, 222.

« L'action en réduction ou revendication pourra être Art. 930.
» exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des
» immeubles faisant partie des donations et aliénés par les
» donataires eux-mêmes, discussion préalablement faite
» de leurs biens. Cette action devra être exercée suivant
» l'ordre des dates des aliénations, en commençant par les
» plus récentes. »

Cet article est fort clair. Il attribue à l'héritier à réserve contre les tiers détenteurs une action corrélative à celle qu'il autorise contre les donataires eux-mêmes, et il prescrit avec raison de suivre dans l'exercice de cette action l'ordre des dates des aliénations, parce que si les dernières sont suffisantes pour la réserve légale du demandeur, celles qui seront antérieures devront être maintenues.

1314. Remarquons cependant que si, au lieu d'une donation directe, le don sujet à réduction avait été déguisé sous la forme d'une vente, les tiers détenteurs seraient à l'abri de l'action en réduction, et cette action ne pourrait être dirigée que contre le donataire ou l'acquéreur simulé. En effet, les tiers qui auraient acquis de ce donataire auraient contracté avec lui de bonne foi. Trompés par la vente apparente ils n'auraient pas dû craindre d'être exposés un jour à une action en réduction, et ils ne pourraient être victimes d'une fraude à laquelle ils auraient été étrangers et qu'aurait pratiquée le père de famille lui-même ; l'héritier à réserve comme responsable des faits de son auteur ne pourrait évincer ces acquéreurs de bonne foi. Il ne lui resterait d'action que contre le donataire qui aurait profité de la fraude concertée entre lui et son père. Ainsi jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 14 décembre 1826. (D., 27. 1. 95.)

L'action accordée aux héritiers à réserve contre les tiers détenteurs des immeubles donnés est une conséquence nécessaire du droit de réduction. Car par cela même qu'il établissait ce droit, le législateur attachait une condition résolutoire aux donations qui seraient dans le cas d'être un jour

atteintes par l'exercice de l'action en réduction. Or, il en devait être de cette condition résolutoire comme de toutes les conditions semblables. Son accomplissement devait faire disparaître les aliénations faites par le donataire comme toutes les charges, dettes et hypothèques dont les biens donnés auraient été grevés soit par lui, soit par ses acquéreurs et ayants-cause.

L'article 929 pose pour les charges, la règle que l'article 930 établit pour les aliénations.

Art. 929. « Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, » le seront sans la charge des dettes ou hypothèques créées » par le donataire. »

Cette règle est l'application de la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

1315. D'après la combinaison des articles 929 et 930, et des autres articles de cette section, le mode de restitution peut ne pas être le même lorsque les immeubles donnés ont été aliénés comme s'ils étaient restés dans les mains du donataire.

Si les immeubles donnés sont encore en la possession du donataire soumis à la réduction, il doit les restituer en nature ou en restituer au moins la partie que l'exercice de la réduction atteindra.

C'est ce qui doit toujours avoir lieu entre l'héritier à réserve et un donataire étranger. Si la réduction ne doit porter que sur une portion de l'immeuble, et qu'il soit divisible commodément, le partage en sera fait entre l'héritier et le donataire dans la proportion des droits de chacun.

S'il n'est pas divisible, la licitation en sera faite amiablement ou judiciairement selon la qualité des parties.

On doit suivre dans les deux cas les règles ordinaires admises dans le partage des successions (1).

Mais si le donataire sujet à réduction est successible, on

(1) V. Toullier, t. 5, n° 156; Grenier, *Donations*, n°s 628, 651.

doit lui appliquer ce que nous avons dit précédemment en rappelant les dispositions des articles 866 et 924 qui l'autorisent à reteuir la chose donnée jusqu'à concurrence soit de la part qui lui reviendrait dans la quotité disponible, soit de la réserve légale.

Cette faculté de rétention ne doit cependant pas s'appliquer au cas d'une donation déguisée au-delà de la quotité disponible sous la forme d'une vente frauduleuse faite à vil prix par un père à un enfant. La défaveur d'une telle disposition avait déterminé la Cour de Grenoble à déclarer nulle une semblable vente et à ordonner le rapport en nature de l'immeuble vendu. Le successible acquéreur offrait le rapport en argent de ce dont la donation déguisée excédait sa part dans la réserve et la quotité disponible. Son offre fut rejetée et la décision de la Cour de Grenoble fut sanctionnée par un arrêt de rejet, du 5 avril 1827 (1).

L'arrêt est sévère, mais juste. La fraude doit être réprimée, et ce serait l'encourager que d'accorder à celui qui l'aurait pratiquée les mêmes droits, si elle était découverte, qu'au donataire direct et de bonne foi.

1316. Lorsque les immeubles donnés sont passés par une aliénation dans les mains d'un tiers, la loi permet la restitution en valeur si le donataire qui a reçu le prix offre des ressources suffisantes. Dans ce cas, l'article 930 autorise le tiers détenteur à demander la discussion des biens du donataire.

Le mode de la discussion a donné lieu à quelque controverse.

Quelques auteurs ont pensé que la discussion dont parle l'article 930 ne devait porter que sur les biens donnés.

Mais cette opinion est en contradiction avec les termes de la disposition. L'article dit en parlant des donataires : *Discussion préalablement faite de leurs biens.*

(1) D., 27. 1. 191.

L'on ne se serait pas exprimé ainsi, en termes généraux, si l'on eût voulu restreindre la discussion aux biens donnés; on aurait employé des expressions limitatives aux immeubles reçus par le donataire. La généralité de l'expression embrasse évidemment la généralité des biens du donataire, de ceux qui lui étaient propres comme de ceux qui lui ont été donnés.

C'est aussi ce qui résulte du discours du tribun Jaubert au Tribunat dans la séance du 29 floréal an 11. Voici son langage :

« Les donataires ont-ils aliéné les biens donnés?

» Les héritiers doivent d'abord discuter leurs biens *personnels*. Mais si ce recours est inutile ou insuffisant, ils peuvent agir contre les tiers détenteurs. »

Ce langage est clair. Il désigne formellement les biens personnels du donataire.

Et comment pourrait-il en être autrement? Ne serait-ce pas annuler la règle sous prétexte de l'interpréter, si on la restreignait aux biens donnés? Car si tous les immeubles donnés avaient été vendus par le donataire, il n'y aurait plus lieu à la discussion.

Celle des biens personnels se conçoit. Elle est en harmonie avec une règle analogue écrite dans l'article 850, au titre des successions, chapitre du partage, où il est dit que le cohéritier donataire, qui a vendu l'objet de la donation, n'en doit qu'un rapport fictif en moins prenant, c'est-à-dire un rapport en valeur et non en nature.

Il était équitable que la même faveur fût accordée au donataire étranger qui avait aliéné de bonne foi; qu'on lui permît de restituer en valeur, aux dépens de ses biens personnels, l'immeuble que l'action en réduction atteindrait, et d'éviter ainsi les dommages et intérêts de l'acquéreur évincé.

Mais la discussion devra-t-elle être faite aux frais du tiers acquéreur, et celui-ci devra-t-il avancer ces frais?

L'article 930 ne s'explique pas sur ces difficultés.

Mais le silence même qu'il garde prouve que le tiers détenteur n'est pas tenu des avances à faire.

D'ailleurs, il n'autorise l'action en réduction contre les tiers détenteurs que discussion préalablement faite des biens des donataires, sans imposer aux tiers détenteurs aucune condition, aucune charge pour l'accomplissement de ce préalable. C'est indiquer assez clairement que le demandeur en réduction doit lui-même faire les frais de ces poursuites avant de s'adresser aux tiers détenteurs. Si la loi eût voulu soumettre les tiers détenteurs à avancer ces frais de poursuites, elle l'eût dit dans ce cas particulier comme elle l'a fait à l'égard de la caution par l'article 2022, et à l'égard du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, par l'article 2170. Par le premier de ces articles, des poursuites immédiates sont autorisées contre la caution, et celle-ci ne peut y échapper qu'en requérant la discussion du principal débiteur, en indiquant même les biens à discuter, qui ne peuvent être que des immeubles non litigieux et situés dans l'arrondissement de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, et en avançant des deniers suffisants pour la discussion. (V. l'article 2023.)

Il en est de même pour le tiers-détenteur poursuivi hypothécairement, puisque l'article 2170 s'en réfère, pour la discussion préalable qu'elle autorise le tiers détenteur à requérir, à la forme de discussion réglée au titre du cautionnement.

Mais dans le cas de l'article 930, le tiers détenteur n'est soumis à aucune de ces conditions. Il n'est pas tenu de requérir la discussion préalable. Au contraire, on ne doit l'attaquer qu'en lui prouvant que déjà cette discussion a eu lieu, et qu'elle n'a rien produit.

Il n'est pas chargé d'indiquer les biens à discuter.

Il n'est pas, enfin, obligé par la loi de faire les avances de la discussion.

Or il ne saurait être tenu de ce que la loi ne lui prescrit pas.

1317. Cependant si l'héritier à réserve fait inutilement des frais de discussion, sur qui retomberont-ils définitivement?

Ils devront retomber sur le tiers détenteur ; car la réserve légale doit être obtenue intacte par celui à qui elle est due; et le législateur, tout en exigeant du demandeur en réduction qu'il discute préalablement le donataire n'a pu entendre que ce fût à ses risques et périls, et lui refuser l'indemnité de ses avances.

Or cette indemnité, lorsque le donataire est insolvable, ne peut retomber que sur le tiers détenteur.

Mais celui-ci ne pourrait-il pas opposer que les frais faits ont été frustratoires, si l'événement en prouve l'inutilité; etne serait-il pas ainsi autorisé à en refuser le remboursement?

Pour éviter ce danger, il serait prudent que l'héritier à réserve, avant de commencer ces poursuites en discussion contre le tiers détenteur, le prévînt par un acte extra-judiciaire, lui annonçât qu'il se propose de revendiquer contre lui tout ou partie des immeubles donnés, mais que préalablement il serait disposé à discuter le donataire ; que cependant il craint de faire des frais inutiles soit parce qu'il ne connaît pas de biens au donataire, soit parce que les biens qu'il lui connaît sont d'une valeur tout à fait insuffisante; que les frais de cette discussion s'ajouteraient à sa créance et aggraveraient la position du tiers détenteur. L'acte se terminerait, en conséquence, par une sommation au tiers détenteur de déclarer s'il entend ou non exiger que la discussion du donataire ait lieu, avec protestation, dans ce cas ou à défaut de réponse dans un délai de..... jours, que la discussion serait faite aux risques et périls du tiers détenteur, et sous la réserve expresse de réclamer contre lui tous les frais des poursuites.

Cette précaution prise et après l'expiration du délai fixé par la sommation, la discussion pourra être poursuivie ; et et si elle ne produit rien, le tiers détenteur ne pourra contester le remboursement des frais.

Si cependant on ne connaissait absolument aucun bien meuble ou immeuble au donataire, on le déclarerait au tiers-détenteur, et faute par lui d'en indiquer on agirait immédiatement contre lui en réduction, c'est-à-dire en revendication des immeubles donnés jusqu'à concurrence de la valeur du droit à la réserve légale.

Nous venons de dire si l'*on ne connaissait* au donataire aucun bien *meuble* ou *immeuble*, ce qui suppose que la discussion peut porter sur les biens meubles comme sur les immeubles.

C'est, en effet, ce qui résulte de l'expression générale, *les biens*, employée par l'article 930 à la différence des articles 2023 et 2170 qui limitent la discussion aux immeubles seulement. L'article 930 a traité avec plus de ménagement les tiers détenteurs des immeubles aliénés par un donataire parce qu'ils étaient dans une position plus favorable que des cautions ou que des acquéreurs de biens hypothéqués, ceux-ci étant avertis, les premiers par l'acte de cautionnement, les seconds par les inscriptions des créanciers hypothécaires, des dangers qu'ils couraient, tandis que celui qui achète d'un donataire peut rarement prévoir l'action en réduction auquel il sera un jour exposé.

1318. Pour affranchir ses acquéreurs des effets de cette action, le donataire peut offrir au demandeur une indemnité en argent, égale à la valeur du droit exercé. Cela n'est pas douteux. Car c'est en une indemnité pécuniaire que se résout nécessairement le résultat de la discussion préalable prescrite par l'article 930.

Les tiers détenteurs doivent avoir la même faculté pour échapper à l'éviction. Comme créanciers du donataire leur garant, ils sont autorisés par l'article 1166 du Code civil à exercer tous ses droits, à profiter de tous les avantages que la loi lui confère, et à faire usage de tous ses moyens et de toutes ses exceptions contre l'action qui leur est intentée (1).

(1) Voir sur toutes les questions ci-dessus, Grenier, *des Donations*, t. 2,

1319. L'héritier à réserve a droit aux jouissances ou aux intérêts des immeubles ou des valeurs dont il obtient la remise par l'action en réduction. Ces jouissances ou ces intérêts lui sont dus en principe du jour de décès du donateur. Mais pour qu'il les obtienne depuis cette époque il faut qu'il forme sa demande en réduction dans l'année de ce décès. C'est ce que déclare l'article 928.

t. 928. « Le donataire restituera les fruits de ce qui excèdera la » portion disponible, à compter du jour du décès du dona- » teur si la demande en réduction a été faite dans l'année, » sinon du jour de la demande. »

Remarquons que l'article ne soumet à cette restitution des fruits que le donataire; il n'y astreint pas les tiers détenteurs. Ceux-ci, comme tout possesseur de bonne foi, ne les doivent que du jour où leur bonne foi a cessé; c'est-à-dire du jour de la demande formée contre eux-mêmes. (Code civil, art. 550.)

1320. L'action en réduction est un moyen accordé par la loi aux héritiers directs pour obtenir contre les donataires et les légataires leur réserve légale dont ils sont privés. Si tous ces héritiers acceptent la succession, mais que certains d'entr'eux seulement agissent en réduction, leurs cohéritiers qui auront gardé le silence ne profiteront pas de la réduction prononcée. *Vigilantibus non negligentibus jura subveniunt.* Mais ils n'obtiendront eux-mêmes que leur portion personnelle dans la réserve légale. Car le droit à cette réserve se divise nécessairement, lorsque tous ceux auxquels elle appartient acceptent le titre d'héritier.

Mais si quelques-uns des héritiers renoncent à la succession sans être donataires, et par conséquent sans retenir aucune partie du patrimoine du défunt, dans ce cas la part du renonçant accroît à ceux qui acceptent, conformément à

n° 629 et suivants; Toullier, t. 5, n 150 et suivants; Delvincourt, t. 2, p. 245 et suivantes; Duranton, t. 8, n° 370 et suiv.; Vazeilles sur l'art. 930, *Commentaire sur les Successions et Donations.*

l'article 786 du Code, et ceux-ci peuvent réclamer, même par la voie de la réduction, la totalité de la réserve légale.

1321. Quelques auteurs ont soulevé une question qui ne paraît pas très-sérieuse. Ils se sont demandé si le donataire évincé avait un recours soit contre les autres donataires, soit contre des acquéreurs qui auraient acheté du donateur postérieurement à la donation.

L'occasion d'un tel recours ne se présentera pas en général contre d'autres donataires dont les titres seraient postérieurs à ceux des donataires évincés, puisque la loi veut que pour la réduction on suive l'ordre des dates des dispositions en remontant des dernières aux premières.

Mais il peut arriver qu'au moment où la réduction est ordonnée, les derniers donataires soient insolvables, et que ceux qui les précèdent soient obligés de fournir à leur place cette réserve légale dont les héritiers ne peuvent être privés. Ces donataires antérieurs qui payent ainsi la dette d'autrui ont sans nul doute le droit d'agir en garantie contre les donataires postérieurs, dès l'instant où ceux-ci dont ils auront acquitté la dette présenteront quelques ressources.

Quant aux acquéreurs du donateur, ils ne peuvent être passibles d'aucune garantie, lors même que celui-ci aurait fourni aux donataires pour la sûreté des donations une hypothèque spéciale sur des immeubles aliénés depuis. Car les donations ne sont réduites que parce qu'elles étaient illégales comme excédant la quotité disponible dans les bornes de laquelle le donateur devait se renfermer. En dépassant ces bornes le donateur a fait un acte nul, et l'hypothèque stipulée est nulle aussi comme la disposition principale dont cette hypothèque n'est que l'accessoire. Au contraire, les ventes sont valables, parce que s'il était interdit au père de famille de donner davantage lorsqu'il avait déjà épuisé la quotité disponible, il lui était permis de vendre.

1322. Si la donation réductible consistait en une valeur mobilière qui n'eût pas encore été remise au donataire,

quant à son objet et ses effets et surtout quant aux personnes qui en profitent, d'une demande en révocation (1).

Cet arrêt rendu sur les conclusions conformes de l'avocat-général Marchangy, rejeta le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Montpellier qui avait ordonné la réduction d'une institution contractuelle faite en faveur de la dame Carion de Nisas par son mari qui avait depuis adopté concurremment avec son épouse, la demoiselle Marie Limosin.

Cet arrêt paraît fondé sur la vraie doctrine. Celui qu'on opposait n'a jugé qu'une question d'interprétation d'une donation portant stipulation de retour en cas de prédécès du donataire sans enfants. La Cour royale avait pensé, d'après l'ensemble de l'acte, que suivant l'intention du donateur et du donataire, le mot *enfant* ne s'appliquait qu'à des enfants nés en mariage.

Quant à l'art. 960, il dit *expressément* que la révocation n'aura lieu que par la survenance d'un enfant légitime ou la légitimation d'un enfant naturel, ce qui exclut les enfants des autres qualités, et ce qui est une exception spéciale aux droits généraux attribués aux enfants adoptifs par l'article 350. M. Duranton remarque, au reste avec raison, qu'il se présentera fort rarement des cas de réduction des donations antérieures à l'adoption, à cause des nombreuses conditions exigées pour adopter et des délais nécessaires pour l'accomplissement de ces conditions. Les adoptions rémunératoires faites sur des motifs supposés pourraient seules donner lieu à quelques abus. Mais les parties intéressées pourraient faire annuler ces adoptions comme frauduleuses.

1313. L'action en réduction peut être exercée, non-seulement contre les donataires eux-mêmes, mais encore contre les tiers détenteurs des immeubles donnés. C'est la disposition expresse de l'article 930.

(1) Voir l'arrêt et les citations dans le Recueil de Sirey, t. 26. 1. 313, et dans celui de Dalloz jeune, 1825. I, 222.

« L'action en réduction ou revendication pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires eux-mêmes, discussion préalablement faite de leurs biens. Cette action devra être exercée suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par les plus récentes. » Art. 930.

Cet article est fort clair. Il attribue à l'héritier à réserve contre les tiers détenteurs une action corrélative à celle qu'il autorise contre les donataires eux-mêmes, et il prescrit avec raison de suivre dans l'exercice de cette action l'ordre des dates des aliénations, parce que si les dernières sont suffisantes pour la réserve légale du demandeur, celles qui seront antérieures devront être maintenues.

1314. Remarquons cependant que si, au lieu d'une donation directe, le don sujet à réduction avait été déguisé sous la forme d'une vente, les tiers détenteurs seraient à l'abri de l'action en réduction, et cette action ne pourrait être dirigée que contre le donataire ou l'acquéreur simulé. En effet, les tiers qui auraient acquis de ce donataire auraient contracté avec lui de bonne foi. Trompés par la vente apparente ils n'auraient pas dû craindre d'être exposés un jour à une action en réduction, et ils ne pourraient être victimes d'une fraude à laquelle ils auraient été étrangers et qu'aurait pratiquée le père de famille lui-même ; l'héritier à réserve comme responsable des faits de son auteur ne pourrait évincer ces acquéreurs de bonne foi. Il ne lui resterait d'action que contre le donataire qui aurait profité de la fraude concertée entre lui et son père. Ainsi jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 14 décembre 1826. (D., 27. 1. 95.)

L'action accordée aux héritiers à réserve contre les tiers détenteurs des immeubles donnés est une conséquence nécessaire du droit de réduction. Car par cela même qu'il établissait ce droit, le législateur attachait une condition résolutoire aux donations qui seraient dans le cas d'être un jour

atteintes par l'exercice de l'action en réduction. Or, il en devait être de cette condition résolutoire comme de toutes les conditions semblables. Son accomplissement devait faire disparaître les aliénations faites par le donataire comme toutes les charges, dettes et hypothèques dont les biens donnés auraient été grevés soit par lui, soit par ses acquéreurs et ayants-cause.

L'article 929 pose pour les charges, la règle que l'article 930 établit pour les aliénations.

Art. 929. « Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, » le seront sans la charge des dettes ou hypothèques créées » par le donataire. »

Cette règle est l'application de la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

1315. D'après la combinaison des articles 929 et 930, et des autres articles de cette section, le mode de restitution peut ne pas être le même lorsque les immeubles donnés ont été aliénés comme s'ils étaient restés dans les mains du donataire.

Si les immeubles donnés sont encore en la possession du donataire soumis à la réduction, il doit les restituer en nature ou en restituer au moins la partie que l'exercice de la réduction atteindra.

C'est ce qui doit toujours avoir lieu entre l'héritier à réserve et un donataire étranger. Si la réduction ne doit porter que sur une portion de l'immeuble, et qu'il soit divisible commodément, le partage en sera fait entre l'héritier et le donataire dans la proportion des droits de chacun.

S'il n'est pas divisible, la licitation en sera faite amiablement ou judiciairement selon la qualité des parties.

On doit suivre dans les deux cas les règles ordinaires admises dans le partage des successions (1).

Mais si le donataire sujet à réduction est successible, on

(1) V. Toullier, t. 5, n° 156 ; Grenier, *Donations*, n°s 628, 651.

doit lui appliquer ce que nous avons dit précédemment en rappelant les dispositions des articles 866 et 924 qui l'autorisent à retenir la chose donnée jusqu'à concurrence soit de la part qui lui reviendrait dans la quotité disponible, soit de la réserve légale.

Cette faculté de rétention ne doit cependant pas s'appliquer au cas d'une donation déguisée au-delà de la quotité disponible sous la forme d'une vente frauduleuse faite à vil prix par un père à un enfant. La défaveur d'une telle disposition avait déterminé la Cour de Grenoble à déclarer nulle une semblable vente et à ordonner le rapport en nature de l'immeuble vendu. Le successible acquéreur offrait le rapport en argent de ce dont la donation déguisée excédait sa part dans la réserve et la quotité disponible. Son offre fut rejetée et la décision de la Cour de Grenoble fut sanctionnée par un arrêt de rejet, du 5 avril 1827 (1).

L'arrêt est sévère, mais juste. La fraude doit être réprimée, et ce serait l'encourager que d'accorder à celui qui l'aurait pratiquée les mêmes droits, si elle était découverte, qu'au donataire direct et de bonne foi.

1316. Lorsque les immeubles donnés sont passés par une aliénation dans les mains d'un tiers, la loi permet la restitution en valeur si le donataire qui a reçu le prix offre des ressources suffisantes. Dans ce cas, l'article 930 autorise le tiers détenteur à demander la discussion des biens du donataire.

Le mode de la discussion a donné lieu à quelque controverse.

Quelques auteurs ont pensé que la discussion dont parle l'article 930 ne devait porter que sur les biens donnés.

Mais cette opinion est en contradiction avec les termes de la disposition. L'article dit en parlant des donataires : *Discussion préalablement faite de leurs biens.*

(1) D., 27. 1. 191.

L'on ne se serait pas exprimé ainsi, en termes généraux, si l'on eût voulu restreindre la discussion aux biens donnés; on aurait employé des expressions limitatives aux immeubles reçus par le donataire. La généralité de l'expression embrasse évidemment la généralité des biens du donataire, de ceux qui lui étaient propres comme de ceux qui lui ont été donnés.

C'est aussi ce qui résulte du discours du tribun Jaubert au Tribunat dans la séance du 29 floréal an 11. Voici son langage :

« Les donataires ont-ils aliéné les biens donnés?

» Les héritiers doivent d'abord discuter leurs biens *perso-* » *nels*. Mais si ce recours est inutile ou insuffisant, ils peu- » vent agir contre les tiers détenteurs. »

Ce langage est clair. Il désigne formellement les biens personnels du donataire.

Et comment pourrait-il en être autrement? Ne serait-ce pas annuler la règle sous prétexte de l'interpréter, si on la restreignait aux biens donnés? Car si tous les immeubles donnés avaient été vendus par le donataire, il n'y aurait plus lieu à la discussion.

Celle des biens personnels se conçoit. Elle est en harmonie avec une règle analogue écrite dans l'article 850, au titre des successions, chapitre du partage, où il est dit que le cohéritier donataire, qui a vendu l'objet de la donation, n'en doit qu'un rapport fictif en moins prenant, c'est-à-dire un rapport en valeur et non en nature.

Il était équitable que la même faveur fût accordée au donataire étranger qui avait aliéné de bonne foi ; qu'on lui permît de restituer en valeur, aux dépens de ses biens personnels, l'immeuble que l'action en réduction atteindrait, et d'éviter ainsi les dommages et intérêts de l'acquéreur évincé.

Mais la discussion devra-t-elle être faite aux frais du tiers acquéreur, et celui-ci devra-t-il avancer ces frais?

L'article 930 ne s'explique pas sur ces difficultés.

Mais le silence même qu'il garde prouve que le tiers détenteur n'est pas tenu des avances à faire.

D'ailleurs, il n'autorise l'action en réduction contre les tiers détenteurs que discussion préalablement faite des biens des donataires, sans imposer aux tiers détenteurs aucune condition, aucune charge pour l'accomplissement de ce préalable. C'est indiquer assez clairement que le demandeur en réduction doit lui-même faire les frais de ces poursuites avant de s'adresser aux tiers détenteurs. Si la loi eût voulu soumettre les tiers détenteurs à avancer ces frais de poursuites, elle l'eût dit dans ce cas particulier comme elle l'a fait à l'égard de la caution par l'article 2022, et à l'égard du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, par l'article 2170. Par le premier de ces articles, des poursuites immédiates sont autorisées contre la caution, et celle-ci ne peut y échapper qu'en requérant la discussion du principal débiteur, en indiquant même les biens à discuter, qui ne peuvent être que des immeubles non litigieux et situés dans l'arrondissement de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, et en avançant des deniers suffisants pour la discussion. (V. l'article 2023.)

Il en est de même pour le tiers-détenteur poursuivi hypothécairement, puisque l'article 2170 s'en réfère, pour la discussion préalable qu'elle autorise le tiers détenteur à requérir, à la forme de discussion réglée au titre du cautionnement.

Mais dans le cas de l'article 930, le tiers détenteur n'est soumis à aucune de ces conditions. Il n'est pas tenu de requérir la discussion préalable. Au contraire, on ne doit l'attaquer qu'en lui prouvant que déjà cette discussion a eu lieu, et qu'elle n'a rien produit.

Il n'est pas chargé d'indiquer les biens à discuter.

Il n'est pas, enfin, obligé par la loi de faire les avances de la discussion.

Or il ne saurait être tenu de ce que la loi ne lui prescrit pas.

1317. Cependant si l'héritier à réserve fait inutilement des frais de discussion, sur qui retomberont-ils définitivement?

Ils devront retomber sur le tiers détenteur ; car la réserve légale doit être obtenue intacte par celui à qui elle est due; et le législateur, tout en exigeant du demandeur en réduction qu'il discute préalablement le donataire n'a pu entendre que ce fût à ses risques et périls, et lui refuser l'indemnité de ses avances.

Or cette indemnité, lorsque le donataire est insolvable, ne peut retomber que sur le tiers détenteur.

Mais celui-ci ne pourrait-il pas opposer que les frais faits ont été frustratoires, si l'événement en prouve l'inutilité; et ne serait-il pas ainsi autorisé à en refuser le remboursement?

Pour éviter ce danger, il serait prudent que l'héritier à réserve, avant de commencer ces poursuites en discussion contre le tiers détenteur, le prévînt par un acte extra-judiciaire, lui annonçât qu'il se propose de revendiquer contre lui tout ou partie des immeubles donnés, mais que préalablement il serait disposé à discuter le donataire ; que cependant il craint de faire des frais inutiles soit parce qu'il ne connaît pas de biens au donataire, soit parce que les biens qu'il lui connaît sont d'une valeur tout à fait insuffisante; que les frais de cette discussion s'ajouteraient à sa créance et aggraveraient la position du tiers détenteur. L'acte se terminerait, en conséquence, par une sommation au tiers détenteur de déclarer s'il entend ou non exiger que la discussion du donataire ait lieu, avec protestation, dans ce cas ou à défaut de réponse dans un délai de..... jours, que la discussion serait faite aux risques et périls du tiers détenteur, et sous la réserve expresse de réclamer contre lui tous les frais des poursuites.

Cette précaution prise et après l'expiration du délai fixé par la sommation, la discussion pourra être poursuivie ; et et si elle ne produit rien, le tiers détenteur ne pourra contester le remboursement des frais.

Si cependant on ne connaissait absolument aucun bien meuble ou immeuble au donataire, on le déclarerait au tiers-détenteur, et faute par lui d'en indiquer on agirait immédiatement contre lui en réduction, c'est-à-dire en revendication des immeubles donnés jusqu'à concurrence de la valeur du droit à la réserve légale.

Nous venons de dire si l'*on ne connaissait* au donataire aucun bien *meuble* ou *immeuble*, ce qui suppose que la discussion peut porter sur les biens meubles comme sur les immeubles.

C'est, en effet, ce qui résulte de l'expression générale, *les biens*, employée par l'article 930 à la différence des articles 2023 et 2170 qui limitent la discussion aux immeubles seulement. L'article 930 a traité avec plus de ménagement les tiers détenteurs des immeubles aliénés par un donataire parce qu'ils étaient dans une position plus favorable que des cautions ou que des acquéreurs de biens hypothéqués, ceux-ci étant avertis, les premiers par l'acte de cautionnement, les seconds par les inscriptions des créanciers hypothécaires, des dangers qu'ils couraient, tandis que celui qui achète d'un donataire peut rarement prévoir l'action en réduction auquel il sera un jour exposé.

1318. Pour affranchir ses acquéreurs des effets de cette action, le donataire peut offrir au demandeur une indemnité en argent, égale à la valeur du droit exercé. Cela n'est pas douteux. Car c'est en une indemnité pécuniaire que se résout nécessairement le résultat de la discussion préalable prescrite par l'article 930.

Les tiers détenteurs doivent avoir la même faculté pour échapper à l'éviction. Comme créanciers du donataire leur garant, ils sont autorisés par l'article 1166 du Code civil à exercer tous ses droits, à profiter de tous les avantages que la loi lui confère, et à faire usage de tous ses moyens et de toutes ses exceptions contre l'action qui leur est intentée (1).

(1) Voir sur toutes les questions ci-dessus, Grenier, *des Donations*, t. 2,

1319. L'héritier à réserve a droit aux jouissances ou aux intérêts des immeubles ou des valeurs dont il obtient la remise par l'action en réduction. Ces jouissances ou ces intérêts lui sont dus en principe du jour de décès du donateur. Mais pour qu'il les obtienne depuis cette époque il faut qu'il forme sa demande en réduction dans l'année de ce décès. C'est ce que déclare l'article 928.

Art. 928. « Le donataire restituera les fruits de ce qui excèdera la » portion disponible, à compter du jour du décès du dona- » teur si la demande en réduction a été faite dans l'année, » sinon du jour de la demande. »

Remarquons que l'article ne soumet à cette restitution des fruits que le donataire; il n'y astreint pas les tiers détenteurs. Ceux-ci, comme tout possesseur de bonne foi, ne les doivent que du jour où leur bonne foi a cessé; c'est-à-dire du jour de la demande formée contre eux-mêmes. (Code civil, art. 550.)

1320. L'action en réduction est un moyen accordé par la loi aux héritiers directs pour obtenir contre les donataires et les légataires leur réserve légale dont ils sont privés. Si tous ces héritiers acceptent la succession, mais que certains d'entr'eux seulement agissent en réduction, leurs cohéritiers qui auront gardé le silence ne profiteront pas de la réduction prononcée. *Vigilantibus non negligentibus jura subveniunt.* Mais ils n'obtiendront eux-mêmes que leur portion personnelle dans la réserve légale. Car le droit à cette réserve se divise nécessairement, lorsque tous ceux auxquels elle appartient acceptent le titre d'héritier.

Mais si quelques-uns des héritiers renoncent à la succession sans être donataires, et par conséquent sans retenir aucune partie du patrimoine du défunt, dans ce cas la part du renonçant accroît à ceux qui acceptent, conformément à

n° 629 et suivants; Toullier, t. 5, n 150 et suivants; Delvincourt, t. 2, p. 245 et suivantes; Duranton, t. 8, n° 370 et suiv.; Vazeilles sur l'art. 930, *Commentaire sur les Successions et Donations.*

l'article 786 du Code, et ceux-ci peuvent réclamer, même par la voie de la réduction, la totalité de la réserve légale.

1321. Quelques auteurs ont soulevé une question qui ne paraît pas très-sérieuse. Ils se sont demandé si le donataire évincé avait un recours soit contre les autres donataires, soit contre des acquéreurs qui auraient acheté du donateur postérieurement à la donation.

L'occasion d'un tel recours ne se présentera pas en général contre d'autres donataires dont les titres seraient postérieurs à ceux des donataires évincés, puisque la loi veut que pour la réduction on suive l'ordre des dates des dispositions en remontant des dernières aux premières.

Mais il peut arriver qu'au moment où la réduction est ordonnée, les derniers donataires soient insolvables, et que ceux qui les précèdent soient obligés de fournir à leur place cette réserve légale dont les héritiers ne peuvent être privés. Ces donataires antérieurs qui payent ainsi la dette d'autrui ont sans nul doute le droit d'agir en garantie contre les donataires postérieurs, dès l'instant où ceux-ci dont ils auront acquitté la dette présenteront quelques ressources.

Quant aux acquéreurs du donateur, ils ne peuvent être passibles d'aucune garantie, lors même que celui-ci aurait fourni aux donataires pour la sûreté des donations une hypothèque spéciale sur des immeubles aliénés depuis. Car les donations ne sont réduites que parce qu'elles étaient illégales comme excédant la quotité disponible dans les bornes de laquelle le donateur devait se renfermer. En dépassant ces bornes le donateur a fait un acte nul, et l'hypothèque stipulée est nulle aussi comme la disposition principale dont cette hypothèque n'est que l'accessoire. Au contraire, les ventes sont valables, parce que s'il était interdit au père de famille de donner davantage lorsqu'il avait déjà épuisé la quotité disponible, il lui était permis de vendre.

1322. Si la donation réductible consistait en une valeur mobilière qui n'eût pas encore été remise au donataire,

l'effet de la réduction serait d'affranchir l'hérédité du payement de cette valeur.

1323. Le droit à la réserve est prescriptible comme tous les autres droits corporels et incorporels, et par conséquent l'exercice de ce droit, c'est-à-dire l'action en réduction se prescrit aussi.

Sur la durée de cette prescription il faut distinguer le donataire de ses acquéreurs; à l'égard du donataire l'action en réduction est toujours personnelle quoiqu'elle devienne aussi réelle si les objets donnés sont des immeubles.

A l'égard des tiers détenteurs l'action est toujours réelle; car elle ne peut s'appliquer qu'à des immeubles. Les meubles n'ont pas de suite (Code civ., art. 2279). Le tiers détenteur, qui a acquis de bonne foi, n'est pas lui-même personnellement obligé à la restitution des immeubles donnés. Il n'en est tenu que comme possesseur.

De la différence dans les qualités des personnes soumises à l'action en réduction naît aussi une différence dans la durée de la prescription.

La prescription dure trente ans à l'égard du donataire lui-même (Code civ., art. 2262).

Mais à l'égard des tiers détenteurs, porteurs d'un titre légitime et qui ont acquis de bonne foi, la durée de la prescription est seulement de dix ans entre présents, et de vingt ans entre absents (V. Code civ., art. 2265).

Ce temps ne court que du jour du décès du donateur; car jusque-là les successibles sont sans qualité. Leur qualité d'héritiers à réserve et les droits attachés à cette qualité ne prennent naissance qu'à l'ouverture de la succession. Alors seulement ils peuvent agir; alors aussi seulement commence contre eux la prescription (Code civ., art. 2257).

On doit, au reste, appliquer à cette prescription les règles ordinaires d'interruption et de suspension tracées dans le chap. 4 du titre 20 du livre 3 du Code civ. (V. les articles 2242 et suivants).

TITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

CHAPITRE PREMIER.

De la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

1324. *Comment est dissous le mariage.— Division du chapitre.*

1324. Le mariage est dissous par la mort naturelle et et par la mort civile ;

Par la mort naturelle qui brise l'existence reçue de Dieu ;

Par la mort civile qui détruit celle reçue de la loi ;

La dissolution du mariage doit être considérée d'abord dans ses causes, ensuite dans ses effets.

Section Ire.

Des causes de la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

1325. *Il n'y a que deux causes de dissolution du mariage.*
1326. *Le divorce, troisième cause, fut établi en* 1792 *et maintenu en* 1803.
1327. *Mais il fut aboli en* 1816.—*Avantages de l'abolition.*
1328. *La mort naturelle, première cause, éteint tout.*
1329. *La mort civile, seconde cause, est soumise à des règles spéciales.*
1330. *Causes de la mort civile.*
1331. *De quel jour a-t-elle lieu ?*
1332. *Différence entre le droit ancien et le droit nouveau.*
1333. *Dans le droit ancien le mariage n'était pas dissous par la mort civile.*

L'on ne se serait pas exprimé ainsi, en termes généraux, si l'on eût voulu restreindre la discussion aux biens donnés : on aurait employé des expressions limitatives aux immeubles reçus par le donataire. La généralité de l'expression embrasse évidemment la généralité des biens du donataire, de ceux qui lui étaient propres comme de ceux qui lui ont été donnés.

C'est aussi ce qui résulte du discours du tribun Jaubert au Tribunat dans la séance du 29 floréal an 11. Voici son langage :

« Les donataires ont-ils aliéné les biens donnés?

» Les héritiers doivent d'abord discuter leurs biens *personnels*. Mais si ce recours est inutile ou insuffisant, ils peuvent agir contre les tiers détenteurs. »

Ce langage est clair. Il désigne formellement les biens personnels du donataire.

Et comment pourrait-il en être autrement? Ne serait-ce pas annuler la règle sous prétexte de l'interpréter, si on la restreignait aux biens donnés? Car si tous les immeubles donnés avaient été vendus par le donataire, il n'y aurait plus lieu à la discussion.

Celle des biens personnels se conçoit. Elle est en harmonie avec une règle analogue écrite dans l'article 850, au titre des successions, chapitre du partage, où il est dit que le cohéritier donataire, qui a vendu l'objet de la donation, n'en doit qu'un rapport fictif en moins prenant, c'est-à-dire un rapport en valeur et non en nature.

Il était équitable que la même faveur fût accordée au donataire étranger qui avait aliéné de bonne foi ; qu'on lui permît de restituer en valeur, aux dépens de ses biens personnels, l'immeuble que l'action en réduction atteindrait, et d'éviter ainsi les dommages et intérêts de l'acquéreur évincé.

Mais la discussion devra-t-elle être faite aux frais du tiers acquéreur, et celui-ci devra-t-il avancer ces frais?

L'article 930 ne s'explique pas sur ces difficultés.

Mais le silence même qu'il garde prouve que le tiers détenteur n'est pas tenu des avances à faire.

D'ailleurs, il n'autorise l'action en réduction contre les tiers détenteurs que discussion préalablement faite des biens des donataires, sans imposer aux tiers détenteurs aucune condition, aucune charge pour l'accomplissement de ce préalable. C'est indiquer assez clairement que le demandeur en réduction doit lui-même faire les frais de ces poursuites avant de s'adresser aux tiers détenteurs. Si la loi eût voulu soumettre les tiers détenteurs à avancer ces frais de poursuites, elle l'eût dit dans ce cas particulier comme elle l'a fait à l'égard de la caution par l'article 2022, et à l'égard du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, par l'article 2170. Par le premier de ces articles, des poursuites immédiates sont autorisées contre la caution, et celle-ci ne peut y échapper qu'en requérant la discussion du principal débiteur, en indiquant même les biens à discuter, qui ne peuvent être que des immeubles non litigieux et situés dans l'arrondissement de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, et en avançant des deniers suffisants pour la discussion. (V. l'article 2023.)

Il en est de même pour le tiers-détenteur poursuivi hypothécairement, puisque l'article 2170 s'en réfère, pour la discussion préalable qu'elle autorise le tiers détenteur à requérir, à la forme de discussion réglée au titre du cautionnement.

Mais dans le cas de l'article 930, le tiers détenteur n'est soumis à aucune de ces conditions. Il n'est pas tenu de requérir la discussion préalable. Au contraire, on ne doit l'attaquer qu'en lui prouvant que déjà cette discussion a eu lieu, et qu'elle n'a rien produit.

Il n'est pas chargé d'indiquer les biens à discuter.

Il n'est pas, enfin, obligé par la loi de faire les avances de la discussion.

Or il ne saurait être tenu de ce que la loi ne lui prescrit pas.

1317. Cependant si l'héritier à réserve fait inutilement des frais de discussion, sur qui retomberont-ils définitivement?

Ils devront retomber sur le tiers détenteur ; car la réserve légale doit être obtenue intacte par celui à qui elle est due ; et le législateur, tout en exigeant du demandeur en réduction qu'il discute préalablement le donataire n'a pu entendre que ce fût à ses risques et périls, et lui refuser l'indemnité de ses avances.

Or cette indemnité, lorsque le donataire est insolvable, ne peut retomber que sur le tiers détenteur.

Mais celui-ci ne pourrait-il pas opposer que les frais faits ont été frustratoires, si l'événement en prouve l'inutilité; et ne serait-il pas ainsi autorisé à en refuser le remboursement?

Pour éviter ce danger, il serait prudent que l'héritier à réserve, avant de commencer ces poursuites en discussion contre le tiers détenteur, le prévînt par un acte extra-judiciaire, lui annonçât qu'il se propose de revendiquer contre lui tout ou partie des immeubles donnés, mais que préalablement il serait disposé à discuter le donataire ; que cependant il craint de faire des frais inutiles soit parce qu'il ne connaît pas de biens au donataire, soit parce que les biens qu'il lui connaît sont d'une valeur tout à fait insuffisante; que les frais de cette discussion s'ajouteraient à sa créance et aggraveraient la position du tiers détenteur. L'acte se terminerait, en conséquence, par une sommation au tiers détenteur de déclarer s'il entend ou non exiger que la discussion du donataire ait lieu, avec protestation, dans ce cas ou à défaut de réponse dans un délai de..... jours, que la discussion serait faite aux risques et périls du tiers détenteur, et sous la réserve expresse de réclamer contre lui tous les frais des poursuites.

Cette précaution prise et après l'expiration du délai fixé par la sommation, la discussion pourra être poursuivie ; et et si elle ne produit rien, le tiers détenteur ne pourra contester le remboursement des frais.

Si cependant on ne connaissait absolument aucun bien meuble ou immeuble au donataire, on le déclarerait au tiers-détenteur, et faute par lui d'en indiquer on agirait immédiatement contre lui en réduction, c'est-à-dire en revendication des immeubles donnés jusqu'à concurrence de la valeur du droit à la réserve légale.

Nous venons de dire si l'*on ne connaissait* au donataire aucun bien *meuble* ou *immeuble*, ce qui suppose que la discussion peut porter sur les biens meubles comme sur les immeubles.

C'est, en effet, ce qui résulte de l'expression générale, *les biens*, employée par l'article 930 à la différence des articles 2023 et 2170 qui limitent la discussion aux immeubles seulement. L'article 930 a traité avec plus de ménagement les tiers détenteurs des immeubles aliénés par un donataire parce qu'ils étaient dans une position plus favorable que des cautions ou que des acquéreurs de biens hypothéqués, ceux-ci étant avertis, les premiers par l'acte de cautionnement, les seconds par les inscriptions des créanciers hypothécaires, des dangers qu'ils couraient, tandis que celui qui achète d'un donataire peut rarement prévoir l'action en réduction auquel il sera un jour exposé.

1318. Pour affranchir ses acquéreurs des effets de cette action, le donataire peut offrir au demandeur une indemnité en argent, égale à la valeur du droit exercé. Cela n'est pas douteux. Car c'est en une indemnité pécuniaire que se résout nécessairement le résultat de la discussion préalable prescrite par l'article 930.

Les tiers détenteurs doivent avoir la même faculté pour échapper à l'éviction. Comme créanciers du donataire leur garant, ils sont autorisés par l'article 1166 du Code civil à exercer tous ses droits, à profiter de tous les avantages que la loi lui confère, et à faire usage de tous ses moyens et de toutes ses exceptions contre l'action qui leur est intentée (1).

(1) Voir sur toutes les questions ci-dessus, Grenier, *des Donations*, t. 2,

1319. L'héritier à réserve a droit aux jouissances ou aux intérêts des immeubles ou des valeurs dont il obtient la remise par l'action en réduction. Ces jouissances ou ces intérêts lui sont dus en principe du jour de décès du donateur. Mais pour qu'il les obtienne depuis cette époque il faut qu'il forme sa demande en réduction dans l'année de ce décès. C'est ce que déclare l'article 928.

t. 928. « Le donataire restituera les fruits de ce qui excèdera la » portion disponible, à compter du jour du décès du dona- » teur si la demande en réduction a été faite dans l'année, » sinon du jour de la demande. »

Remarquons que l'article ne soumet à cette restitution des fruits que le donataire; il n'y astreint pas les tiers détenteurs. Ceux-ci, comme tout possesseur de bonne foi, ne les doivent que du jour où leur bonne foi a cessé; c'est-à-dire du jour de la demande formée contre eux-mêmes. (Code civil, art. 550.)

1320. L'action en réduction est un moyen accordé par la loi aux héritiers directs pour obtenir contre les donataires et les légataires leur réserve légale dont ils sont privés. Si tous ces héritiers acceptent la succession, mais que certains d'entr'eux seulement agissent en réduction, leurs cohéritiers qui auront gardé le silence ne profiteront pas de la réduction prononcée. *Vigilantibus non negligentibus jura subveniunt.* Mais ils n'obtiendront eux-mêmes que leur portion personnelle dans la réserve légale. Car le droit à cette réserve se divise nécessairement, lorsque tous ceux auxquels elle appartient acceptent le titre d'héritier.

Mais si quelques-uns des héritiers renoncent à la succession sans être donataires, et par conséquent sans retenir aucune partie du patrimoine du défunt, dans ce cas la part du renonçant accroît à ceux qui acceptent, conformément à

n° 629 et suivants; Toullier, t. 5, n 150 et suivants; Delvincourt, t. 2, p. 245 et suivantes; Duranton, t. 8, n° 370 et suiv.; Vazeilles sur l'art. 930, *Commentaire sur les Successions et Donations.*

l'article 786 du Code, et ceux-ci peuvent réclamer, même par la voie de la réduction, la totalité de la réserve légale.

1321. Quelques auteurs ont soulevé une question qui ne paraît pas très-sérieuse. Ils se sont demandé si le donataire évincé avait un recours soit contre les autres donataires, soit contre des acquéreurs qui auraient acheté du donateur postérieurement à la donation.

L'occasion d'un tel recours ne se présentera pas en général contre d'autres donataires dont les titres seraient postérieurs à ceux des donataires évincés, puisque la loi veut que pour la réduction on suive l'ordre des dates des dispositions en remontant des dernières aux premières.

Mais il peut arriver qu'au moment où la réduction est ordonnée, les derniers donataires soient insolvables, et que ceux qui les précèdent soient obligés de fournir à leur place cette réserve légale dont les héritiers ne peuvent être privés. Ces donataires antérieurs qui payent ainsi la dette d'autrui ont sans nul doute le droit d'agir en garantie contre les donataires postérieurs, dès l'instant où ceux-ci dont ils auront acquitté la dette présenteront quelques ressources.

Quant aux acquéreurs du donateur, ils ne peuvent être passibles d'aucune garantie, lors même que celui-ci aurait fourni aux donataires pour la sûreté des donations une hypothèque spéciale sur des immeubles aliénés depuis. Car les donations ne sont réduites que parce qu'elles étaient illégales comme excédant la quotité disponible dans les bornes de laquelle le donateur devait se renfermer. En dépassant ces bornes le donateur a fait un acte nul, et l'hypothèque stipulée est nulle aussi comme la disposition principale dont cette hypothèque n'est que l'accessoire. Au contraire, les ventes sont valables, parce que s'il était interdit au père de famille de donner davantage lorsqu'il avait déjà épuisé la quotité disponible, il lui était permis de vendre.

1322. Si la donation réductible consistait en une valeur mobilière qui n'eût pas encore été remise au donataire,

l'effet de la réduction serait d'affranchir l'hérédité du payement de cette valeur.

1323. Le droit à la réserve est prescriptible comme tous les autres droits corporels et incorporels, et par conséquent l'exercice de ce droit, c'est-à-dire l'action en réduction se prescrit aussi.

Sur la durée de cette prescription il faut distinguer le donataire de ses acquéreurs; à l'égard du donataire l'action en réduction est toujours personnelle quoiqu'elle devienne aussi réelle si les objets donnés sont des immeubles.

A l'égard des tiers détenteurs l'action est toujours réelle; car elle ne peut s'appliquer qu'à des immeubles. Les meubles n'ont pas de suite (Code civ., art. 2279). Le tiers détenteur, qui a acquis de bonne foi, n'est pas lui-même personnellement obligé à la restitution des immeubles donnés. Il n'en est tenu que comme possesseur.

De la différence dans les qualités des personnes soumises à l'action en réduction naît aussi une différence dans la durée de la prescription.

La prescription dure trente ans à l'égard du donataire lui-même (Code civ., art. 2262).

Mais à l'égard des tiers détenteurs, porteurs d'un titre légitime et qui ont acquis de bonne foi, la durée de la prescription est seulement de dix ans entre présents, et de vingt ans entre absents (V. Code civ., art. 2265).

Ce temps ne court que du jour du décès du donateur; car jusque-là les successibles sont sans qualité. Leur qualité d'héritiers à réserve et les droits attachés à cette qualité ne prennent naissance qu'à l'ouverture de la succession. Alors seulement ils peuvent agir; alors aussi seulement commence contre eux la prescription (Code civ., art. 2257).

On doit, au reste, appliquer à cette prescription les règles ordinaires d'interruption et de suspension tracées dans le chap. 4 du titre 20 du livre 3 du Code civ. (V. les articles 2242 et suivants).

TITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

CHAPITRE PREMIER.

De la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

1324. *Comment est dissous le mariage.— Division du chapitre.*

1324. Le mariage est dissous par la mort naturelle et et par la mort civile ;

Par la mort naturelle qui brise l'existence reçue de Dieu ;

Par la mort civile qui détruit celle reçue de la loi ;

La dissolution du mariage doit être considérée d'abord dans ses causes, ensuite dans ses effets.

Section Ire.

Des causes de la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

1325. *Il n'y a que deux causes de dissolution du mariage.*
1326. *Le divorce, troisième cause, fut établi en* 1792 *et maintenu en* 1803.
1327. *Mais il fut aboli en* 1816.—*Avantages de l'abolition.*
1328. *La mort naturelle, première cause, éteint tout.*
1329. *La mort civile, seconde cause, est soumise à des règles spéciales.*
1330. *Causes de la mort civile.*
1331. *De quel jour a-t-elle lieu ?*
1332. *Différence entre le droit ancien et le droit nouveau.*
1333. *Dans le droit ancien le mariage n'était pas dissous par la mort civile.*

L'on ne se serait pas exprimé ainsi, en termes généraux, si l'on eût voulu restreindre la discussion aux biens donnés; on aurait employé des expressions limitatives aux immeubles reçus par le donataire. La généralité de l'expression embrasse évidemment la généralité des biens du donataire, de ceux qui lui étaient propres comme de ceux qui lui ont été donnés.

C'est aussi ce qui résulte du discours du tribun Jaubert au Tribunat dans la séance du 29 floréal an 11. Voici son langage :

« Les donataires ont-ils aliéné les biens donnés?

» Les héritiers doivent d'abord discuter leurs biens *personnels*. Mais si ce recours est inutile ou insuffisant, ils peuvent agir contre les tiers détenteurs. »

Ce langage est clair. Il désigne formellement les biens personnels du donataire.

Et comment pourrait-il en être autrement? Ne serait-ce pas annuler la règle sous prétexte de l'interpréter, si on la restreignait aux biens donnés? Car si tous les immeubles donnés avaient été vendus par le donataire, il n'y aurait plus lieu à la discussion.

Celle des biens personnels se conçoit. Elle est en harmonie avec une règle analogue écrite dans l'article 850, au titre des successions, chapitre du partage, où il est dit que le cohéritier donataire, qui a vendu l'objet de la donation, n'en doit qu'un rapport fictif en moins prenant, c'est-à-dire un rapport en valeur et non en nature.

Il était équitable que la même faveur fût accordée au donataire étranger qui avait aliéné de bonne foi; qu'on lui permît de restituer en valeur, aux dépens de ses biens personnels, l'immeuble que l'action en réduction atteindrait, et d'éviter ainsi les dommages et intérêts de l'acquéreur évincé.

Mais la discussion devra-t-elle être faite aux frais du tiers acquéreur, et celui-ci devra-t-il avancer ces frais?

L'article 930 ne s'explique pas sur ces difficultés.

Mais le silence même qu'il garde prouve que le tiers détenteur n'est pas tenu des avances à faire.

D'ailleurs, il n'autorise l'action en réduction contre les tiers détenteurs que discussion préalablement faite des biens des donataires, sans imposer aux tiers détenteurs aucune condition, aucune charge pour l'accomplissement de ce préalable. C'est indiquer assez clairement que le demandeur en réduction doit lui-même faire les frais de ces poursuites avant de s'adresser aux tiers détenteurs. Si la loi eût voulu soumettre les tiers détenteurs à avancer ces frais de poursuites, elle l'eût dit dans ce cas particulier comme elle l'a fait à l'égard de la caution par l'article 2022, et à l'égard du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, par l'article 2170. Par le premier de ces articles, des poursuites immédiates sont autorisées contre la caution, et celle-ci ne peut y échapper qu'en requérant la discussion du principal débiteur, en indiquant même les biens à discuter, qui ne peuvent être que des immeubles non litigieux et situés dans l'arrondissement de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, et en avançant des deniers suffisants pour la discussion. (V. l'article 2023.)

Il en est de même pour le tiers-détenteur poursuivi hypothécairement, puisque l'article 2170 s'en réfère, pour la discussion préalable qu'elle autorise le tiers détenteur à requérir, à la forme de discussion réglée au titre du cautionnement.

Mais dans le cas de l'article 930, le tiers détenteur n'est soumis à aucune de ces conditions. Il n'est pas tenu de requérir la discussion préalable. Au contraire, on ne doit l'attaquer qu'en lui prouvant que déjà cette discussion a eu lieu, et qu'elle n'a rien produit.

Il n'est pas chargé d'indiquer les biens à discuter.

Il n'est pas, enfin, obligé par la loi de faire les avances de la discussion.

Or il ne saurait être tenu de ce que la loi ne lui prescrit pas.

1317. Cependant si l'héritier à réserve fait inutilement des frais de discussion, sur qui retomberont-ils définitivement?

Ils devront retomber sur le tiers détenteur ; car la réserve légale doit être obtenue intacte par celui à qui elle est due ; et le législateur, tout en exigeant du demandeur en réduction qu'il discute préalablement le donataire n'a pu entendre que ce fût à ses risques et périls, et lui refuser l'indemnité de ses avances.

Or cette indemnité, lorsque le donataire est insolvable, ne peut retomber que sur le tiers détenteur.

Mais celui-ci ne pourrait-il pas opposer que les frais faits ont été frustratoires, si l'événement en prouve l'inutilité; et ne serait-il pas ainsi autorisé à en refuser le remboursement?

Pour éviter ce danger, il serait prudent que l'héritier à réserve, avant de commencer ces poursuites en discussion contre le tiers détenteur, le prévînt par un acte extra-judiciaire, lui annonçât qu'il se propose de revendiquer contre lui tout ou partie des immeubles donnés, mais que préalablement il serait disposé à discuter le donataire ; que cependant il craint de faire des frais inutiles soit parce qu'il ne connaît pas de biens au donataire, soit parce que les biens qu'il lui connaît sont d'une valeur tout à fait insuffisante; que les frais de cette discussion s'ajouteraient à sa créance et aggraveraient la position du tiers détenteur. L'acte se terminerait, en conséquence, par une sommation au tiers détenteur de déclarer s'il entend ou non exiger que la discussion du donataire ait lieu, avec protestation, dans ce cas ou à défaut de réponse dans un délai de..... jours, que la discussion serait faite aux risques et périls du tiers détenteur, et sous la réserve expresse de réclamer contre lui tous les frais des poursuites.

Cette précaution prise et après l'expiration du délai fixé par la sommation, la discussion pourra être poursuivie ; et et si elle ne produit rien, le tiers détenteur ne pourra contester le remboursement des frais.

Si cependant on ne connaissait absolument aucun bien meuble ou immeuble au donataire, on le déclarerait au tiers-détenteur, et faute par lui d'en indiquer on agirait immédiatement contre lui en réduction, c'est-à-dire en revendication des immeubles donnés jusqu'à concurrence de la valeur du droit à la réserve légale.

Nous venons de dire si l'*on ne connaissait* au donataire aucun bien *meuble* ou *immeuble*, ce qui suppose que la discussion peut porter sur les biens meubles comme sur les immeubles.

C'est, en effet, ce qui résulte de l'expression générale, *les biens*, employée par l'article 930 à la différence des articles 2023 et 2170 qui limitent la discussion aux immeubles seulement. L'article 930 a traité avec plus de ménagement les tiers détenteurs des immeubles aliénés par un donataire parce qu'ils étaient dans une position plus favorable que des cautions ou que des acquéreurs de biens hypothéqués, ceux-ci étant avertis, les premiers par l'acte de cautionnement, les seconds par les inscriptions des créanciers hypothécaires, des dangers qu'ils couraient, tandis que celui qui achète d'un donataire peut rarement prévoir l'action en réduction auquel il sera un jour exposé.

1318. Pour affranchir ses acquéreurs des effets de cette action, le donataire peut offrir au demandeur une indemnité en argent, égale à la valeur du droit exercé. Cela n'est pas douteux. Car c'est en une indemnité pécuniaire que se résout nécessairement le résultat de la discussion préalable prescrite par l'article 930.

Les tiers détenteurs doivent avoir la même faculté pour échapper à l'éviction. Comme créanciers du donataire leur garant, ils sont autorisés par l'article 1166 du Code civil à exercer tous ses droits, à profiter de tous les avantages que la loi lui confère, et à faire usage de tous ses moyens et de toutes ses exceptions contre l'action qui leur est intentée (1).

(1) Voir sur toutes les questions ci-dessus, Grenier, *des Donations*, t. 2,

1319. L'héritier à réserve a droit aux jouissances ou aux intérêts des immeubles ou des valeurs dont il obtient la remise par l'action en réduction. Ces jouissances ou ces intérêts lui sont dus en principe du jour de décès du donateur. Mais pour qu'il les obtienne depuis cette époque il faut qu'il forme sa demande en réduction dans l'année de ce décès. C'est ce que déclare l'article 928.

t. 928. « Le donataire restituera les fruits de ce qui excèdera la » portion disponible, à compter du jour du décès du dona- » teur si la demande en réduction a été faite dans l'année, » sinon du jour de la demande. »

Remarquons que l'article ne soumet à cette restitution des fruits que le donataire; il n'y astreint pas les tiers détenteurs. Ceux-ci, comme tout possesseur de bonne foi, ne les doivent que du jour où leur bonne foi a cessé; c'est-à-dire du jour de la demande formée contre eux-mêmes. (Code civil, art. 550.)

1320. L'action en réduction est un moyen accordé par la loi aux héritiers directs pour obtenir contre les donataires et les légataires leur réserve légale dont ils sont privés. Si tous ces héritiers acceptent la succession, mais que certains d'entr'eux seulement agissent en réduction, leurs cohéritiers qui auront gardé le silence ne profiteront pas de la réduction prononcée. *Vigilantibus non negligentibus jura subveniunt.* Mais ils n'obtiendront eux-mêmes que leur portion personnelle dans la réserve légale. Car le droit à cette réserve se divise nécessairement, lorsque tous ceux auxquels elle appartient acceptent le titre d'héritier.

Mais si quelques-uns des héritiers renoncent à la succession sans être donataires, et par conséquent sans retenir aucune partie du patrimoine du défunt, dans ce cas la part du renonçant accroît à ceux qui acceptent, conformément à

n° 629 et suivants; Toullier, t. 5, n 150 et suivants; Delvincourt, t. 2, p. 245 et suivantes; Duranton, t. 8, n° 370 et suiv.; Vazeilles sur l'art. 930, *Commentaire sur les Successions et Donations.*

l'article 786 du Code, et ceux-ci peuvent réclamer, même par la voie de la réduction, la totalité de la réserve légale.

1321. Quelques auteurs ont soulevé une question qui ne paraît pas très-sérieuse. Ils se sont demandé si le donataire évincé avait un recours soit contre les autres donataires, soit contre des acquéreurs qui auraient acheté du donateur postérieurement à la donation.

L'occasion d'un tel recours ne se présentera pas en général contre d'autres donataires dont les titres seraient postérieurs à ceux des donataires évincés, puisque la loi veut que pour la réduction on suive l'ordre des dates des dispositions en remontant des dernières aux premières.

Mais il peut arriver qu'au moment où la réduction est ordonnée, les derniers donataires soient insolvables, et que ceux qui les précèdent soient obligés de fournir à leur place cette réserve légale dont les héritiers ne peuvent être privés. Ces donataires antérieurs qui payent ainsi la dette d'autrui ont sans nul doute le droit d'agir en garantie contre les donataires postérieurs, dès l'instant où ceux-ci dont ils auront acquitté la dette présenteront quelques ressources.

Quant aux acquéreurs du donateur, ils ne peuvent être passibles d'aucune garantie, lors même que celui-ci aurait fourni aux donataires pour la sûreté des donations une hypothèque spéciale sur des immeubles aliénés depuis. Car les donations ne sont réduites que parce qu'elles étaient illégales comme excédant la quotité disponible dans les bornes de laquelle le donateur devait se renfermer. En dépassant ces bornes le donateur a fait un acte nul, et l'hypothèque stipulée est nulle aussi comme la disposition principale dont cette hypothèque n'est que l'accessoire. Au contraire, les ventes sont valables, parce que s'il était interdit au père de famille de donner davantage lorsqu'il avait déjà épuisé la quotité disponible, il lui était permis de vendre.

1322. Si la donation réductible consistait en une valeur mobilière qui n'eût pas encore été remise au donataire,

l'effet de la réduction serait d'affranchir l'hérédité du payement de cette valeur.

1323. Le droit à la réserve est prescriptible comme tous les autres droits corporels et incorporels, et par conséquent l'exercice de ce droit, c'est-à-dire l'action en réduction se prescrit aussi.

Sur la durée de cette prescription il faut distinguer le donataire de ses acquéreurs; à l'égard du donataire l'action en réduction est toujours personnelle quoiqu'elle devienne aussi réelle si les objets donnés sont des immeubles.

A l'égard des tiers détenteurs l'action est toujours réelle; car elle ne peut s'appliquer qu'à des immeubles. Les meubles n'ont pas de suite (Code civ., art. 2279). Le tiers détenteur, qui a acquis de bonne foi, n'est pas lui-même personnellement obligé à la restitution des immeubles donnés. Il n'en est tenu que comme possesseur.

De la différence dans les qualités des personnes soumises à l'action en réduction naît aussi une différence dans la durée de la prescription.

La prescription dure trente ans à l'égard du donataire lui-même (Code civ., art. 2262).

Mais à l'égard des tiers détenteurs, porteurs d'un titre légitime et qui ont acquis de bonne foi, la durée de la prescription est seulement de dix ans entre présents, et de vingt ans entre absents (V. Code civ., art. 2265).

Ce temps ne court que du jour du décès du donateur; car jusque-là les successibles sont sans qualité. Leur qualité d'héritiers à réserve et les droits attachés à cette qualité ne prennent naissance qu'à l'ouverture de la succession. Alors seulement ils peuvent agir; alors aussi seulement commence contre eux la prescription (Code civ., art. 2257).

On doit, au reste, appliquer à cette prescription les règles ordinaires d'interruption et de suspension tracées dans le chap. 4 du titre 20 du livre 3 du Code civ. (V. les articles 2242 et suivants).

TITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

CHAPITRE PREMIER.

De la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

1324. *Comment est dissous le mariage.— Division du chapitre.*

1324. Le mariage est dissous par la mort naturelle et et par la mort civile ;

Par la mort naturelle qui brise l'existence reçue de Dieu ;

Par la mort civile qui détruit celle reçue de la loi ;

La dissolution du mariage doit être considérée d'abord dans ses causes, ensuite dans ses effets.

Section Ire.

Des causes de la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

1325. *Il n'y a que deux causes de dissolution du mariage.*
1326. *Le divorce, troisième cause, fut établi en* 1792 *et maintenu en* 1803.
1327. *Mais il fut aboli en* 1816.—*Avantages de l'abolition.*
1328. *La mort naturelle, première cause, éteint tout.*
1329. *La mort civile, seconde cause, est soumise à des règles spéciales.*
1330. *Causes de la mort civile.*
1331. *De quel jour a-t-elle lieu ?*
1332. *Différence entre le droit ancien et le droit nouveau.*
1333. *Dans le droit ancien le mariage n'était pas dissous par la mort civile.*

1334. Secus *dans le droit nouveau, et la mort civile a lieu si le condamné ne se représente pas dans les* 5 *ans.*
1335. Quid *s'il se représente après les cinq ans.*

1325. Nous venons d'énoncer les deux causes de dissolution reconnues par la loi ; ce sont les seules qu'elle admette aujourd'hui.

1326. Un autre moyen de dissolution, le divorce, a été beaucoup trop long-temps autorisé en France.

Demandé en 1789 par un seul cahier, celui dont le duc d'Orléans était porteur, il fut décrété, le 20 septembre 1792, dans un moment où l'exaltation des idées et le faux système d'une liberté qui dégénérait en licence obscurcissait la sagesse des législateurs.

Une triste expérience en avait déjà signalé l'abus immoral lorsque le Code civil fut projeté. Aussi éprouva-t-il alors de vives résistances, et si par une funeste concession aux idées nouvelles et au relâchement des mœurs on le conserva alors dans notre législation, au moins l'entoura-t-on de tant de difficultés que les exemples en devinrent plus rares de jour en jour.

Les tribunaux, d'accord en cela avec l'opinion publique qui le proscrivait, saisissaient même avec une sorte d'empressement les moyens qui leur étaient offerts pour le repousser.

1327. Enfin une loi du 8 mai 1816 le rejeta de nos Codes; et notre législation civile fut dès ce moment en harmonie avec la loi religieuse de la plus grande partie des Français, pour lesquels le mariage était déclaré indissoluble.

On cessa alors d'être affligé dans notre société du spectacle de certains époux qui, se jouant de la sainteté d'une union consacrée pour toujours par la loi divine, formaient de nouveaux nœuds pendant l'existence de leurs épouses, tandis que celles-ci, dans leur respect pour les préceptes de leur culte et pour les mouvements de leur conscience, se condamnaient à un célibat perpétuel et à l'isolement.

Cette innovation, en améliorant les mœurs, a aussi contribué à diminuer les discordes des unions conjugales. Tel est l'esprit humain. Il se résigne au joug dont il ne peut s'affranchir ; des nœuds qui lui paraissaient durs d'abord et contre lesquels il se serait violemment révolté s'il avait eu l'espoir de les rompre, il les souffre patiemment et finit par y trouver des avantages lorsqu'il sait qu'ils sont liés à jamais à son existence.

Depuis la loi de 1816, la mort naturelle et la mort civile sont, comme nous l'avons déjà dit, les seuls moyens de dissoudre ces nœuds.

1328. Sur la mort naturelle nous n'avons à faire aucune observation. Œuvre de la nature elle éteint nécessairement tous les droits comme tous les devoirs qui étaient attachés au mariage.

1329. Mais il n'en est pas ainsi de la mort civile. Œuvre de la loi, elle est soumise à des règles qui peuvent la modifier, qu'il faut par conséquent examiner.

1330. L'art. 25 du Code civil s'exprime ainsi :

« Par la mort civile.... Le condamné est incapable de » contracter un mariage qui produise aucun effet civil. Art. 25.

» Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dis- » sous quant à tous ses effets civils.

» Son époux et ses héritiers peuvent exercer respective- » ment les droits et les actions auxquels sa mort naturelle » donnerait ouverture. »

L'art. 227 du Code civil contient une disposition semblable.

« Le mariage se dissout : Art. 227

» 1° Par la mort de l'un des époux ;

» 2° Par le divorce légalement prononcé ;

» 3° Par la condamnation devenue définitive de l'un des » époux à une peine emportant mort civile (1). »

(1) D'après l'art. 216 du Code des Deux-Siciles le mariage n'est dissous que par la mort naturelle ;

L'on ne se serait pas exprimé ainsi, en termes généraux, si l'on eût voulu restreindre la discussion aux biens donnés; on aurait employé des expressions limitatives aux immeubles reçus par le donataire. La généralité de l'expression embrasse évidemment la généralité des biens du donataire, de ceux qui lui étaient propres comme de ceux qui lui ont été donnés.

C'est aussi ce qui résulte du discours du tribun Jaubert au Tribunat dans la séance du 29 floréal an 11. Voici son langage :

« Les donataires ont-ils aliéné les biens donnés?

» Les héritiers doivent d'abord discuter leurs biens *personnels*. Mais si ce recours est inutile ou insuffisant, ils peuvent agir contre les tiers détenteurs. »

Ce langage est clair. Il désigne formellement les biens personnels du donataire.

Et comment pourrait-il en être autrement? Ne serait-ce pas annuler la règle sous prétexte de l'interpréter, si on la restreignait aux biens donnés? Car si tous les immeubles donnés avaient été vendus par le donataire, il n'y aurait plus lieu à la discussion.

Celle des biens personnels se conçoit. Elle est en harmonie avec une règle analogue écrite dans l'article 850, au titre des successions, chapitre du partage, où il est dit que le cohéritier donataire, qui a vendu l'objet de la donation, n'en doit qu'un rapport fictif en moins prenant, c'est-à-dire un rapport en valeur et non en nature.

Il était équitable que la même faveur fût accordée au donataire étranger qui avait aliéné de bonne foi; qu'on lui permît de restituer en valeur, aux dépens de ses biens personnels, l'immeuble que l'action en réduction atteindrait, et d'éviter ainsi les dommages et intérêts de l'acquéreur évincé.

Mais la discussion devra-t-elle être faite aux frais du tiers acquéreur, et celui-ci devra-t-il avancer ces frais?

L'article 930 ne s'explique pas sur ces difficultés.

Mais le silence même qu'il garde prouve que le tiers détenteur n'est pas tenu des avances à faire.

D'ailleurs, il n'autorise l'action en réduction contre les tiers détenteurs que discussion préalablement faite des biens des donataires, sans imposer aux tiers détenteurs aucune condition, aucune charge pour l'accomplissement de ce préalable. C'est indiquer assez clairement que le demandeur en réduction doit lui-même faire les frais de ces poursuites avant de s'adresser aux tiers détenteurs. Si la loi eût voulu soumettre les tiers détenteurs à avancer ces frais de poursuites, elle l'eût dit dans ce cas particulier comme elle l'a fait à l'égard de la caution par l'article 2022, et à l'égard du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, par l'article 2170. Par le premier de ces articles, des poursuites immédiates sont autorisées contre la caution, et celle-ci ne peut y échapper qu'en requérant la discussion du principal débiteur, en indiquant même les biens à discuter, qui ne peuvent être que des immeubles non litigieux et situés dans l'arrondissement de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, et en avançant des deniers suffisants pour la discussion. (V. l'article 2023.)

Il en est de même pour le tiers-détenteur poursuivi hypothécairement, puisque l'article 2170 s'en réfère, pour la discussion préalable qu'elle autorise le tiers détenteur à requérir, à la forme de discussion réglée au titre du cautionnement.

Mais dans le cas de l'article 930, le tiers détenteur n'est soumis à aucune de ces conditions. Il n'est pas tenu de requérir la discussion préalable. Au contraire, on ne doit l'attaquer qu'en lui prouvant que déjà cette discussion a eu lieu, et qu'elle n'a rien produit.

Il n'est pas chargé d'indiquer les biens à discuter.

Il n'est pas, enfin, obligé par la loi de faire les avances de la discussion.

Or il ne saurait être tenu de ce que la loi ne lui prescrit pas.

1317. Cependant si l'héritier à réserve fait inutilement des frais de discussion, sur qui retomberont-ils définitivement?

Ils devront retomber sur le tiers détenteur ; car la réserve légale doit être obtenue intacte par celui à qui elle est due ; et le législateur, tout en exigeant du demandeur en réduction qu'il discute préalablement le donataire n'a pu entendre que ce fût à ses risques et périls, et lui refuser l'indemnité de ses avances.

Or cette indemnité, lorsque le donataire est insolvable, ne peut retomber que sur le tiers détenteur.

Mais celui-ci ne pourrait-il pas opposer que les frais faits ont été frustratoires, si l'événement en prouve l'inutilité; et ne serait-il pas ainsi autorisé à en refuser le remboursement?

Pour éviter ce danger, il serait prudent que l'héritier à réserve, avant de commencer ces poursuites en discussion contre le tiers détenteur, le prévînt par un acte extra-judiciaire, lui annonçât qu'il se propose de revendiquer contre lui tout ou partie des immeubles donnés, mais que préalablement il serait disposé à discuter le donataire ; que cependant il craint de faire des frais inutiles soit parce qu'il ne connait pas de biens au donataire, soit parce que les biens qu'il lui connaît sont d'une valeur tout à fait insuffisante; que les frais de cette discussion s'ajouteraient à sa créance et aggraveraient la position du tiers détenteur. L'acte se terminerait, en conséquence, par une sommation au tiers détenteur de déclarer s'il entend ou non exiger que la discussion du donataire ait lieu, avec protestation, dans ce cas ou à défaut de réponse dans un délai de..... jours, que la discussion serait faite aux risques et périls du tiers détenteur, et sous la réserve expresse de réclamer contre lui tous les frais des poursuites.

Cette précaution prise et après l'expiration du délai fixé par la sommation, la discussion pourra être poursuivie ; et et si elle ne produit rien, le tiers détenteur ne pourra contester le remboursement des frais.

Si cependant on ne connaissait absolument aucun bien meuble ou immeuble au donataire, on le déclarerait au tiers-détenteur, et faute par lui d'en indiquer on agirait immédiatement contre lui en réduction, c'est-à-dire en revendication des immeubles donnés jusqu'à concurrence de la valeur du droit à la réserve légale.

Nous venons de dire si l'*on ne connaissait* au donataire aucun bien *meuble* ou *immeuble*, ce qui suppose que la discussion peut porter sur les biens meubles comme sur les immeubles.

C'est, en effet, ce qui résulte de l'expression générale, *les biens*, employée par l'article 930 à la différence des articles 2023 et 2170 qui limitent la discussion aux immeubles seulement. L'article 930 a traité avec plus de ménagement les tiers détenteurs des immeubles aliénés par un donataire parce qu'ils étaient dans une position plus favorable que des cautions ou que des acquéreurs de biens hypothéqués, ceux-ci étant avertis, les premiers par l'acte de cautionnement, les seconds par les inscriptions des créanciers hypothécaires, des dangers qu'ils couraient, tandis que celui qui achète d'un donataire peut rarement prévoir l'action en réduction auquel il sera un jour exposé.

1318. Pour affranchir ses acquéreurs des effets de cette action, le donataire peut offrir au demandeur une indemnité en argent, égale à la valeur du droit exercé. Cela n'est pas douteux. Car c'est en une indemnité pécuniaire que se résout nécessairement le résultat de la discussion préalable prescrite par l'article 930.

Les tiers détenteurs doivent avoir la même faculté pour échapper à l'éviction. Comme créanciers du donataire leur garant, ils sont autorisés par l'article 1166 du Code civil à exercer tous ses droits, à profiter de tous les avantages que la loi lui confère, et à faire usage de tous ses moyens et de toutes ses exceptions contre l'action qui leur est intentée (1).

(1) Voir sur toutes les questions ci-dessus, Grenier, *des Donations*, t. 2,

1319. L'héritier à réserve a droit aux jouissances ou aux intérêts des immeubles ou des valeurs dont il obtient la remise par l'action en réduction. Ces jouissances ou ces intérêts lui sont dus en principe du jour de décès du donateur. Mais pour qu'il les obtienne depuis cette époque il faut qu'il forme sa demande en réduction dans l'année de ce décès. C'est ce que déclare l'article 928.

Art. 928. « Le donataire restituera les fruits de ce qui excèdera la » portion disponible, à compter du jour du décès du dona- » teur si la demande en réduction a été faite dans l'année, » sinon du jour de la demande. »

Remarquons que l'article ne soumet à cette restitution des fruits que le donataire; il n'y astreint pas les tiers détenteurs. Ceux-ci, comme tout possesseur de bonne foi, ne les doivent que du jour où leur bonne foi a cessé; c'est-à-dire du jour de la demande formée contre eux-mêmes. (Code civil, art. 550.)

1320. L'action en réduction est un moyen accordé par la loi aux héritiers directs pour obtenir contre les donataires et les légataires leur réserve légale dont ils sont privés. Si tous ces héritiers acceptent la succession, mais que certains d'entr'eux seulement agissent en réduction, leurs cohéritiers qui auront gardé le silence ne profiteront pas de la réduction prononcée. *Vigilantibus non negligentibus jura subveniunt.* Mais ils n'obtiendront eux-mêmes que leur portion personnelle dans la réserve légale. Car le droit à cette réserve se divise nécessairement, lorsque tous ceux auxquels elle appartient acceptent le titre d'héritier.

Mais si quelques-uns des héritiers renoncent à la succession sans être donataires, et par conséquent sans retenir aucune partie du patrimoine du défunt, dans ce cas la part du renonçant accroît à ceux qui acceptent, conformément à

n° 629 et suivants; Toullier, t. 5, n 150 et suivants; Delvincourt, t. 2, p. 245 et suivantes; Duranton, t. 8, n° 370 et suiv.; Vazeilles sur l'art. 930, *Commentaire sur les Successions et Donations.*

l'article 786 du Code, et ceux-ci peuvent réclamer, même par la voie de la réduction, la totalité de la réserve légale.

1321. Quelques auteurs ont soulevé une question qui ne paraît pas très-sérieuse. Ils se sont demandé si le donataire évincé avait un recours soit contre les autres donataires, soit contre des acquéreurs qui auraient acheté du donateur postérieurement à la donation.

L'occasion d'un tel recours ne se présentera pas en général contre d'autres donataires dont les titres seraient postérieurs à ceux des donataires évincés, puisque la loi veut que pour la réduction on suive l'ordre des dates des dispositions en remontant des dernières aux premières.

Mais il peut arriver qu'au moment où la réduction est ordonnée, les derniers donataires soient insolvables, et que ceux qui les précèdent soient obligés de fournir à leur place cette réserve légale dont les héritiers ne peuvent être privés. Ces donataires antérieurs qui payent ainsi la dette d'autrui ont sans nul doute le droit d'agir en garantie contre les donataires postérieurs, dès l'instant où ceux-ci dont ils auront acquitté la dette présenteront quelques ressources.

Quant aux acquéreurs du donateur, ils ne peuvent être passibles d'aucune garantie, lors même que celui-ci aurait fourni aux donataires pour la sûreté des donations une hypothèque spéciale sur des immeubles aliénés depuis. Car les donations ne sont réduites que parce qu'elles étaient illégales comme excédant la quotité disponible dans les bornes de laquelle le donateur devait se renfermer. En dépassant ces bornes le donateur a fait un acte nul, et l'hypothèque stipulée est nulle aussi comme la disposition principale dont cette hypothèque n'est que l'accessoire. Au contraire, les ventes sont valables, parce que s'il était interdit au père de famille de donner davantage lorsqu'il avait déjà épuisé la quotité disponible, il lui était permis de vendre.

1322. Si la donation réductible consistait en une valeur mobilière qui n'eût pas encore été remise au donataire,

l'effet de la réduction serait d'affranchir l'hérédité du payement de cette valeur.

1323. Le droit à la réserve est prescriptible comme tous les autres droits corporels et incorporels, et par conséquent l'exercice de ce droit, c'est-à-dire l'action en réduction se prescrit aussi.

Sur la durée de cette prescription il faut distinguer le donataire de ses acquéreurs; à l'égard du donataire l'action en réduction est toujours personnelle quoiqu'elle devienne aussi réelle si les objets donnés sont des immeubles.

A l'égard des tiers détenteurs l'action est toujours réelle; car elle ne peut s'appliquer qu'à des immeubles. Les meubles n'ont pas de suite (Code civ., art. 2279). Le tiers détenteur, qui a acquis de bonne foi, n'est pas lui-même personnellement obligé à la restitution des immeubles donnés. Il n'en est tenu que comme possesseur.

De la différence dans les qualités des personnes soumises à l'action en réduction naît aussi une différence dans la durée de la prescription.

La prescription dure trente ans à l'égard du donataire lui-même (Code civ., art. 2262).

Mais à l'égard des tiers détenteurs, porteurs d'un titre légitime et qui ont acquis de bonne foi, la durée de la prescription est seulement de dix ans entre présents, et de vingt ans entre absents (V. Code civ., art. 2265).

Ce temps ne court que du jour du décès du donateur; car jusque-là les successibles sont sans qualité. Leur qualité d'héritiers à réserve et les droits attachés à cette qualité ne prennent naissance qu'à l'ouverture de la succession. Alors seulement ils peuvent agir; alors aussi seulement commence contre eux la prescription (Code civ., art. 2257).

On doit, au reste, appliquer à cette prescription les règles ordinaires d'interruption et de suspension tracées dans le chap. 4 du titre 20 du livre 3 du Code civ. (V. les articles 2242 et suivants).

TITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

CHAPITRE PREMIER.

De la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

1324. *Comment est dissous le mariage.— Division du chapitre.*

1324. Le mariage est dissous par la mort naturelle et et par la mort civile ;

Par la mort naturelle qui brise l'existence reçue de Dieu ;

Par la mort civile qui détruit celle reçue de la loi ;

La dissolution du mariage doit être considérée d'abord dans ses causes, ensuite dans ses effets.

Section Ire.

Des causes de la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

1325. *Il n'y a que deux causes de dissolution du mariage.*
1326. *Le divorce, troisième cause, fut établi en* 1792 *et maintenu en* 1803.
1327. *Mais il fut aboli en* 1816.—*Avantages de l'abolition.*
1328. *La mort naturelle, première cause, éteint tout.*
1329. *La mort civile, seconde cause, est soumise à des règles spéciales.*
1330. *Causes de la mort civile.*
1331. *De quel jour a-t-elle lieu ?*
1332. *Différence entre le droit ancien et le droit nouveau.*
1333. *Dans le droit ancien le mariage n'était pas dissous par la mort civile.*

1334. Secus *dans le droit nouveau, et la mort civile a lieu si le condamné ne se représente pas dans les 5 ans.*
1335. Quid *s'il se représente après les cinq ans.*

1325. Nous venons d'énoncer les deux causes de dissolution reconnues par la loi ; ce sont les seules qu'elle admette aujourd'hui.

1326. Un autre moyen de dissolution, le divorce, a été beaucoup trop long-temps autorisé en France.

Demandé en 1789 par un seul cahier, celui dont le duc d'Orléans était porteur, il fut décrété, le 20 septembre 1792, dans un moment où l'exaltation des idées et le faux système d'une liberté qui dégénérait en licence obscurcissait la sagesse des législateurs.

Une triste expérience en avait déjà signalé l'abus immoral lorsque le Code civil fut projeté. Aussi éprouva-t-il alors de vives résistances, et si par une funeste concession aux idées nouvelles et au relâchement des mœurs on le conserva alors dans notre législation, au moins l'entoura-t-on de tant de difficultés que les exemples en devinrent plus rares de jour en jour.

Les tribunaux, d'accord en cela avec l'opinion publique qui le proscrivait, saisissaient même avec une sorte d'empressement les moyens qui leur étaient offerts pour le repousser.

1327. Enfin une loi du 8 mai 1816 le rejeta de nos Codes; et notre législation civile fut dès ce moment en harmonie avec la loi religieuse de la plus grande partie des Français, pour lesquels le mariage était déclaré indissoluble.

On cessa alors d'être affligé dans notre société du spectacle de certains époux qui, se jouant de la sainteté d'une union consacrée pour toujours par la loi divine, formaient de nouveaux nœuds pendant l'existence de leurs épouses, tandis que celles-ci, dans leur respect pour les préceptes de leur culte et pour les mouvements de leur conscience, se condamnaient à un célibat perpétuel et à l'isolement.

Cette innovation, en améliorant les mœurs, a aussi contribué à diminuer les discordes des unions conjugales. Tel est l'esprit humain. Il se résigne au joug dont il ne peut s'affranchir; des nœuds qui lui paraissaient durs d'abord et contre lesquels il se serait violemment révolté s'il avait eu l'espoir de les rompre, il les souffre patiemment et finit par y trouver des avantages lorsqu'il sait qu'ils sont liés à jamais à son existence.

Depuis la loi de 1816, la mort naturelle et la mort civile sont, comme nous l'avons déjà dit, les seuls moyens de dissoudre ces nœuds.

1328. Sur la mort naturelle nous n'avons à faire aucune observation. Œuvre de la nature elle éteint nécessairement tous les droits comme tous les devoirs qui étaient attachés au mariage.

1329. Mais il n'en est pas ainsi de la mort civile. Œuvre de la loi, elle est soumise à des règles qui peuvent la modifier, qu'il faut par conséquent examiner.

1330. L'art. 25 du Code civil s'exprime ainsi :

« Par la mort civile.... Le condamné est incapable de » contracter un mariage qui produise aucun effet civil. Art. 25.

» Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dis- » sous quant à tous ses effets civils.

» Son époux et ses héritiers peuvent exercer respective- » ment les droits et les actions auxquels sa mort naturelle » donnerait ouverture. »

L'art. 227 du Code civil contient une disposition semblable.

« Le mariage se dissout : Art. 227

» 1° Par la mort de l'un des époux ;

» 2° Par le divorce légalement prononcé;

» 3° Par la condamnation devenue définitive de l'un des » époux à une peine emportant mort civile (1). »

(1) D'après l'art. 216 du Code des Deux-Siciles le mariage n'est dissous que par la mort naturelle;

Mais quelles sont les condamnations qui emportent mort civile et depuis quel jour le condamné est-il frappé de cette peine?

Pour le reconnaître il faut recourir à plusieurs autres articles du Code civil et à différents articles du Code pénal.

§ L'art. 23 du premier Code déclare que « la condamna-
» tion à la mort naturelle emportera la mort civile. »

L'art. 23 ajoute :

« Les autres peines afflictives perpétuelles n'emporteront
» la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet
» effet. »

Si nous consultons le Code pénal nous lisons dans l'art. 18:

« Les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et
» à la déportation emporteront la mort civile.

» Néanmoins le gouvernement pourra accorder au con-
» damné à la déportation l'exercice des droits civils ou de
» quelques-uns de ces droits. »

1331. On doit faire observer cependant que la mort civile n'atteint pas le condamné dès le moment de la condamnation.

Le Code sarde, art. 144, a la même disposition à l'égard des catholiques;

Mais l'art. 150 réserve à ceux qui professent d'autres cultes leurs usages et leurs règlements;

En Louisiane, la dissolution du mariage s'opère : 1° par la mort naturelle de l'un des époux; 2° par le divorce; 3° par la nullité du mariage ou par un second mariage contracté à raison de l'absence de l'un des époux dans les cas autorisés par la loi, art 133;

Le Code de Vaud déclare le mariage dissous par la mort naturelle et par le divorce, art. 126;

Le Code bavarois n'admet pas le divorce, art. 42;

Le Code autrichien l'autorise entre les non catholiques, art. 113;

Le Code prussien l'autorise aussi, art. 668, 670, 671;

Le Code suédois l'admet également, art. 1er, chap. 13;

Le Code de Berne porte que « le mariage finit, 1° par la mort de l'un des conjoints; 2° par le divorce; »

Les lois espagnoles ne reconnaissent que la mort naturelle de l'un des époux, comme cause de dissolution du mariage. *Ley.* 9, *y. tit.* 10 *de la P.* 4.

Elle est suspendue jusqu'à l'exécution si la condamnation est contradictoire, et même pendant cinq ans depuis cette exécution si la condamnation est par contumace. C'est ce que déclarent les articles 26 et suivants du Code civil :

« Les condamnations contradictoires n'emportent la mort » civile qu'à compter du jour de leur exécution soit réelle, » soit par effigie. » Art. 26.

« Les condamnations par contumace n'emporteront la » mort civile qu'après les cinq années qui suivront l'exécu- » tion des jugements par effigie, et pendant lesquelles le » condamné peut se représenter. » Art. 27.

L'article 28 prive seulement les condamnés par contumace de l'exercice de leurs droits civils pendant les cinq ans.

L'article 29 porte que « si le condamné par contumace se représente ou est arrêté durant les cinq ans, le jugement est anéanti de plein droit. Il est jugé de nouveau, et si le nouveau jugement le condamne aussi à une peine emportant mort civile, elle n'aura lieu qu'à compter du jour de l'exécution de ce second jugement.

L'article 30 a une disposition dont les termes sont utiles à connaître.

« Lorsque le condamné par contumace qui ne se sera re- » présenté ou qu'il n'aura été constitué prisonnier qu'après » les cinq ans, sera absous par le second jugement ou n'aura » été condamné qu'à une peine qui n'emportera pas la mort » civile, il rentrera dans la plénitude de ses droits civils, » pour l'avenir et à compter du jour où il aura reparu en » justice ; mais le premier jugement conservera pour le passé » les effets que la mort civile avait produits dans l'intervalle » écoulé depuis l'époque de l'expiration des cinq ans jusqu'au » jour de sa comparution en justice. » Art. 30.

Enfin l'article 31 décide que si le condamné par contumace meurt dans le délai de cinq ans sans être représenté, ou sans avoir été suivi ou arrêté, il sera réputé mort dans l'intégrité de ses droits, et le jugement de contumace sera anéanti de plein droit.

Telles sont les règles sur la mort civile.

1332. Ces règles ne sont pas conformes au droit ancien.

Chez les Romains, le mariage n'était pas dissous par la mort civile.

La loi 1re, au Code de *repudiis*, Porte : *Matrimonium quidem, deportatione vel aquæ et ignis interdictione non solvitur, si casus in quem maritus incidit, non mutet uxoris affectionem. Ideò que dotis exactio ipso jure non competit; sed indotatam eam esse, cujus laudandum propositum est, nec ratio æquitatis nec exempla permittunt* (1).

Et de qui émanait cette loi?

De l'empereur Alexandre-Sévère et d'Ulpien, chef de son conseil, l'un et l'autre païens, et qui n'attachaient pas au mariage l'idée de sacrement.

1333. Dans la législation française, jamais la mort civile du condamné n'a rompu le mariage.

L'ordonnance de 1639 ne s'appliquait qu'aux mariages contractés depuis la mort civile, et aux enfants qui en sont les fruits; encore, si elle les déclarait incapables de succéder, elle ne les considérait pas comme illégitimes.

Mais elle ne rompait pas le mariage contracté auparavant, et ne privait pas de leur état et de leurs droits les enfants nés depuis que leur père était mort civilement.

1334. Entraîné sans doute par ces principes du droit ancien, M. Vazeilles a pensé que même après l'expiration des cinq années commencées au jour de l'exécution par effigie du condamné par contumace, le mariage n'est pas dissous, parce que la condamnation peut être révoquée tant que la prescription n'est pas acquise contre les arrêts de condamnation, et que cette prescription ne s'acquiert que par vingt années révolues à compter du jour de l'arrêt. (V. l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, combiné avec l'article 476 du même Code.)

(1) Seulement, quoique le mariage subsistât, la femme, comme le dit la loi, pouvait répéter sa dot.

Mais cette opinion est trop contraire au texte de l'art. 27 du Code civil, et même à la seconde partie de l'article 476 du Code d'instruction criminelle pour pouvoir être adoptée.

Les discussions du Conseil d'Etat en signalent même l'erreur.

De ces discussions il résulte clairement que l'on doit distinguer les enfants nés pendant les cinq ans qui ont suivi l'exécution par effigie, de ceux nés après l'expiration de ces cinq années, mais avant que le condamné se soit représenté ou ait été arrêté.

Les enfants nés pendant ces cinq années sont légitimes, parce que le mariage du condamné n'était pas considéré comme dissous, et l'on doit appliquer à ces enfants la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, en sorte qu'ils ne pourraient être désavoués que dans les cas et suivant les formes que détermine la loi au titre de la paternité et de la filiation.

Quant aux enfants nés ou plutôt conçus après les cinq années ils sont réputés illégitimes, parce que lors de leur conception le mariage était dissous.

1335. Si, même après les cinq ans, le condamné se représente, la condamnation s'efface pour l'avenir, et la mort civile cesse. Mais ses effets subsistent toujours pour le passé, et par conséquent l'illégitimité des enfants n'est pas réparée.

Mais le mariage recouvrant ses effets, les enfants qui en proviendraient alors jouiraient de l'état et des droits d'enfants légitimes.

Section II.

Des effets de la dissolution du mariage produite par la mort civile.

SOMMAIRE.

1336. *Les effets de la dissolution du mariage par la mort civile sont les mêmes que ceux produits par la mort naturelle.*

1337. *Les enfants nés depuis sont illégitimes.*

1338. *L'absolution après les cinq ans n'abolit la mort civile que pour l'avenir.*

1339. *Un nouveau mariage serait nécessaire pour légitimer les enfants conçus depuis la mort civile.*

1340. *Le mort civilement lui-même, après son absolution, peut contracter un autre mariage.*

1341. *Le jugement de révision seul rétablit le mariage pour le passé comme pour l'avenir.*

1342. Quid *dans ce cas du second mariage et des enfants qui en sont nés ?*

1336. Les effets de la dissolution du mariage, lorsque cette dissolution a pour cause la mort civile, sont les mêmes que si la mort naturelle avait frappé l'époux. Il est impossible d'échapper à cette conséquence, quelque contraire qu'elle soit aux principes du droit romain et à ceux de l'ancien droit français. Les dispositions de l'article 25 du Code civil et celles de l'article 227 qui les répète et les consacre sont trop formelles pour qu'il soit possible de les éluder.

Le mariage est dissous disent ces deux articles.

Il n'existe donc plus de lien légal entre les deux époux. Leurs relations, s'ils en conservent, ne sont plus protégées par la loi. La morale peut les excuser... L'opinion publique doit même honorer l'épouse qui, convaincue ou non de l'innocence de son époux, se dévoue à son malheur, qui l'accompagne dans sa fuite, qui le suit dans sa retraite, qui le soutient et le console dans ses douleurs; mais la loi impassible ne lui tient pas compte de ses sacrifices. Elle a prononcé la dissolution du mariage, et l'union qui se prolonge n'est plus légale.

1337. Les enfants qui naissent de la continuation des rapports des époux, ne sont devant les règles inflexibles de la loi que des enfants naturels.

Il est déplorable, sans doute, qu'il puisse se rencontrer des circonstances où les rigueurs de la loi soient en opposition

même avec les principes de la morale la plus sévère et avec la voix de l'opinion publique.

Mais la loi est une pour tous; elle ne peut varier comme les nuances des positions individuelles. Elle ne peut céder et changer suivant les circonstances particulières; elle place sous le même niveau tout individu qu'elle a frappé de mort civile. Quelqu'intérêt qu'il puisse inspirer, quelque faveur que mérite une femme honorable, une vertueuse épouse, le mariage est dissous. Il ne peut donc produire d'effets civils.

Au reste, ils seront rares les cas où une lutte pourrait s'élever entre la loi et la morale, entre la rigueur des règles et le cri de l'opinion; et le gouvernement y porterait remède en usant du droit de grâce.

1338. Mais quel serait l'effet de l'exercice du droit de grâce ou même celui de la révocation de la condamnation par un jugement qui absoudrait le condamné qui ne se serait représenté qu'après le délai de cinq ans? Feraient-ils cesser la mort civile même pour le passé, et les nœuds du mariage seraient-ils rétablis?

La négative de cette proposition est écrite pour le cas d'absolution dans l'art. 30 du Code civil et dans l'art. 476 du Code d'instruction criminelle; et elle doit s'appliquer à plus forte raison au cas de grâce.

Voici les termes de l'art. 476, 2me §:

« Si cependant la condamnation par contumace était de » nature à emporter la mort civile, et si l'accusé n'a été ar- » rêté ou ne s'est représenté qu'après les 5 ans qui ont suivi » l'exécution du jugement de contumace, ce jugement, » conformément à l'art. 30 du Code civil, *conservera*, pour » *le passé*, *les effets* que la mort civile aurait produits dans » l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq années jus- » qu'au jour de la comparution de l'accusé en justice. » Art. 476 C. d'inst. c

Ainsi le mariage dont la mort civile avait opéré la dissolution restera dissous; les enfants nés pendant la durée de la mort civile seront illégitimes et ne recouvreront ni l'état ni

les droits d'enfants légitimes. En un mot, tous les effets produits par la mort civile, quoiqu'elle n'ait été que temporaire, seront maintenus et le conjoint du condamné pourra s'unir à un autre époux.

Seulement le jugement de condamnation perdant ses effets pour l'avenir, la mort civile cessera, et le condamné rentrera dans la plénitude de ses droits comme le dit l'article 30.

1339. Mais cette réintégration n'opérant rien pour le passé, comme le dit aussi le même article, ne rendra pas au mariage l'existence qu'il avait perdue; en sorte que fût-il même absous par le second jugement, le prévenu ne sera plus époux aux yeux de la loi. Les relations qu'il entretiendrait avec l'autre époux ne seraient plus légales. Les enfants qu'il pourrait en avoir ne seraient considérés que comme enfants naturels, et pour leur donner l'état et les droits qui leur manqueraient, il faudrait qu'un second mariage fût célébré entre les deux anciens époux et qu'ils fussent légitimés par ce mariage subséquent, conformément aux dispositions de l'art. 331 du Code civil (1).

Ce nouveau mariage légitimerait même les enfants nés pendant la mort civile.

1340. La dissolution du mariage opérée par la mort civile autorise le condamné, qui est réintégré dans ses droits civils par la grâce ou par un jugement d'absolution, à contracter un second mariage.

Mais cette capacité ne lui appartient qu'après sa réintégration dans ses droits civils, c'est-à-dire à compter du jour où il aura comparu en justice; car antérieurement frappé de mort civile il ne pouvait pas contracter mariage. (V. l'article 25.)

Il n'aurait pu aussi, dans l'intervalle des cinq années qui

(1) Voir sur la nécessité d'un second mariage, Delvincourt, t. 1er, p. 2, 23, 2e édition, et Proudhon, de l'*Usufruit*, t. 4, n° 2020.

ont suivi l'exécution du premier jugement de condamnation, passer à de secondes noces à moins que son conjoint ne fût décédé. Car pendant les cinq années la mort civile ne l'ayant pas atteint, il était resté soumis aux liens du premier mariage, en sorte que le mariage qu'il contracterait pendant ce délai le rendrait coupable de bigamie.

Ainsi, il ne peut contracter un nouveau mariage ni avant l'expiration des cinq ans sans se rendre bigame, ni après tant qu'il n'a pas comparu en justice, sans faire un mariage nul comme étant mort civilement.

Il est à remarquer que par ces mots, comparaître en justice, on doit entendre non l'arrestation du prévenu ou sa représentation volontaire, mais sa présence à une nouvelle instruction et à un nouveau jugement; car si le condamné après s'être représenté ou avoir été arrêté, s'évadait sans qu'il eût été procédé à une seconde instruction et à un nouveau jugement, la première condamnation subsisterait et la mort civile n'aurait pas cessé (1).

Si cependant malgré l'évasion une nouvelle instruction avait diminué les charges, et un autre jugement avait depuis cette évasion affaibli la peine, la mort civile n'étant pas attachée à cette nouvelle peine, la première condamnation et ses effets disparaîtraient.

On devrait, il semble, appliquer la même décision à l'individu qui, après s'être representé ou avoir été arrêté, décéderait avant le nouveau jugement.

La présomption d'innocence devait l'emporter en sa faveur sur la présomption de culpabilité.

Par la mort civile acquise contre le condamné par contumace après les cinq années, la puissance maritale est éteinte, puisque le mariage est dissous et la réintégration dans ses droits civils qu'obtiendrait dans la suite le mari ne ferait

(1) Legraverend, t. 2, p. 596.

revivre ni le mariage, ni par conséquent la puissance maritale.

La puissance paternelle et l'usufruit légal qui y est attaché sont aussi détruits par la mort civile. Ils passent l'une et l'autre à l'épouse.

Mais si le condamné est réintégré dans ses droits civils, sa puissance paternelle renaît pour l'avenir, et il recouvre aussi l'usufruit légal qui en dépend. La mère réclamerait vainement en prétendant qu'elle avait un droit acquis. On lui répondrait avec vérité que son droit elle ne le devait qu'à la puissance qu'elle exerçait elle-même sur les enfants lorsque le père en était privé, et que la puissance de celui-ci renaissant, celle qui, à son défaut, lui était accordée disparaissait et avec elle l'usufruit qui en était l'accessoire (1).

1341. Il est un cas dont les exemples sont heureusement fort rares, où la mort civile et ses effets sont effacés pour le passé comme pour l'avenir.

C'est celui où la condamnation a eu pour cause une fatale erreur reconnue depuis.

Pour réparer cette erreur judiciaire la loi a autorisé les demandes en révision. (V. les art. 443 et suiv. du Code d'instruction criminelle.)

Si l'erreur est établie le jugement de condamnation est annulé et tous ses effets disparaissent. La victime de cette déplorable décision est réintégrée dans tous ses droits ; et si elle ne vit plus sa mémoire est réhabilitée.

On conçoit que dans un tel cas la mort civile, qu'aurait entraînée la condamnation, doit être annulée pour le passé comme pour l'avenir ; car la réparation doit être complète.

Il y aurait une injustice souveraine à conserver quelque effet, même pour le passé, à une condamnation aveugle qui aurait frappé un innocent.

1342. Ainsi le mariage du condamné doit être réputé n'a-

(1) Proudhon, *Usufruit*, t. 4, n° 2018 et 2019.

voir jamais été dissous; et si, par une funeste conséquence d'une condamnation erronée, l'époux du condamné le croyant mort civilement aurait contracté un second mariage, ce second mariage serait nul.

Le premier seul serait maintenu.

Seulement la bonne foi qui aurait présidé au second rendrait légitimes les enfants qui en seraient nés.

CHAPITRE II.

De la séparation de corps

SOMMAIRE.

1343. *Loi qui abolit le divorce. — Conséquences de cette abolition.*
1344. *Différence entre le divorce et la séparation de corps.*
1345. *Avantages de la séparation de corps.*
1346. *Dans l'ancien droit sur la matière il n'y avait de principe écrit que dans une décrétale.*
1347. *Causes introduites par la jurisprudence.*
1348. *En 1792 on substitua le divorce à la séparation.*
1349. *Les deux moyens furent admis par le Code civil.*
1350. *Abolition du divorce en 1816, et projets de loi non soumis aux législateurs.*
1351. *Les causes déterminées du divorce servent à la séparation.*
1352. *Division du chapitre.*

1343. Le divorce était repoussé par l'opinion; il était contraire aux principes de la religion catholique qui est celle de la grande majorité des Français. Car l'indissolubilité du mariage est une des principales règles de cette religion; et même parmi les personnes qui ne la professent pas il en est beaucoup qui pensent que l'engagement du mariage ne peut se rompre et que les torts de l'un des époux n'autorisent pas l'autre à manquer à la foi promise.

Ces considérations qui s'étaient opposées à l'admission du divorce, sous l'ancien droit français, l'ont aussi fait re-

pousser en 1816. En rétablissant le principe de l'indissolubilité du mariage, la loi du 8 mai 1816 a été l'expression des opinions morales comme des opinions religieuses.

Voici les termes de cette loi :

« Le divorce est aboli.

» Les jugements qui l'ordonnent, s'ils n'ont été exécutés, » restent sans effets; les exploits qui le demandent pour » cause déterminée sont convertis en demande en séparation de corps. »

La loi abolitive du divorce anéantit non-seulement les procédures en divorces déjà commencées, mais même les jugements et arrêts qui les avaient admis mais qui n'avaient pas été définitivement exécutés par la prononciation du divorce dans le délai de rigueur fixé par le Code civil (V. l'article 294).

Cette loi prohibitive est un statut personnel qui suit les Français en pays étrangers, et qui ne permettrait pas à une Française d'y contracter mariage avec un Français déjà marié, quoiqu'il se fût fait naturaliser dans une autre contrée où le divorce serait autorisé et qu'il y eût obtenu son divorce. (V. sur cette question un arrêt de la Cour Poitiers, du 7 janvier 1845, dans le Journal de Sirey, t. 45, 2e partie page 215 et les notes; voir aussi l'arrêt de rejet rendu par la Cour de cassation le 16 décembre 1845, dans le même Journal, tome 46. 1. 100.)

1344. Mais si les nœuds du mariage ne peuvent être détruits par le divorce, la loi doit cependant venir au secours de l'un des époux pour lequel les torts de l'autre font de la vie commune un tourment sans cesse renouvelé.

La séparation de corps a ce but.

1345. Suivant la caractéristique expression du premier consul, « la séparation de corps est au divorce ce que la sus- » pension est à la cassation (1). »

(1) Procès-verbal du 4 brumaire an X.

Le divorce rompt le mariage et donne aux deux époux le droit d'en contracter un nouveau

La séparation de corps relâche le lien du mariage, mais elle le laisse subsister. Un autre mariage est impossible. La femme conserve le nom de son mari; elle demeure sous sa surveillance. L'époux coupable peut réparer ses torts, une porte est ouverte à son repentir; l'indulgence de l'époux outragé, le souvenir de ses anciennes affections, l'intérêt des enfants peuvent provoquer une heureuse réconciliation et l'union rétablie peut produire de nouveau une communauté de vie qui ne sera plus troublée.

Ces avantages de la séparation de corps devaient la faire préférer au divorce.

1346. La séparation de corps était inconnue aux Romains. Chez eux on n'admettait que la répudiation ou le divorce.

Seul moyen adopté par le droit français pour éviter le plus grand mal que pourrait produire une cohabitation prolongée entre deux époux livrés à la discorde, la séparation de corps n'avait été, avant 1789, soumise dans notre législation à aucune règle écrite et positive. Une décrétale du pape Innocent III contenait le seul principe législatif qu'on y appliquât.

Si tanta sit viri sævitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solùm non debet ei restitui sed ab eo potiùs amoveri. (Chap. 13, Ext. *de rest. spol.*)

1347. A la cause tirée des mauvais traitements qui mettaient l'existence même en danger, la jurisprudence avait ajouté d'autres causes, telles que la dureté du mari qui refuserait à sa femme de lui fournir dans un état d'infirmité les choses nécessaires à son soulagement, les mépris même qu'il lui aurait témoignés publiquement ou devant ses domestiques, l'accusation d'un crime capital intentée calomnieusement par l'un des époux contre l'autre, l'adultère de la femme; celui du mari n'était pas une cause de séparation autrefois.

Dans l'appréciation des mauvais traitements et des outrages, la jurisprudence voulait qu'on eût égard à la qualité des parties, à leur condition, à leur éducation (1).

1348. La loi du 20 septembre 1792 substitua le divorce à la séparation de corps et ne permit plus même d'employer ce dernier moyen. L'art. 6 du § 1er déclara éteintes et abolies toutes demandes et instances en séparation de corps non jugées Il déclara même comme non avenus les jugements de séparation non exécutés ou qui étaient attaqués par appel ou par la voie de la cassation.

1349. Lors de la discussion du Code civil le principe du divorce fut vivement attaqué; mais la contradiction produisit seulement l'effet de faire admettre les deux moyens, afin de satisfaire à la liberté de conscience et à celle des opinions.

Les difficultés dont l'action en divorce fut hérissée décèlent que ce ne fut qu'avec une espèce de regret que l'action même fut admise.

1350. En 1816, des circonstances favorables autorisèrent à attaquer le principe, et le divorce fut aboli par la loi du 8 mai.

Il parut alors nécessaire de régler le sort des demandes en divorce déjà formées et les effets des divorces prononcés.

Une loi spéciale sur les séparations de corps semblait aussi indispensable ne fût-ce que pour ne plus être exposé aux difficultés que soulevait tous les jours devant les tribunaux la confusion de ses causes et de ses règles avec celles du divorce.

Deux projets de loi réglementaires sur les deux objets furent présentés à la Chambre des Pairs, en décembre 1816. Celui du divorce fut discuté et résolu le 24 décembre. Celui sur les séparations de corps le fut peu après.

1351. Mais les deux résolutions n'ont pas été soumises à la Chambre des Députés; elles sont restées en simples projets.

(1) Pothier, du *Mariage*, n° 509 et suiv.

Et aujourd'hui encore c'est dans la loi du divorce que nous devons chercher les principes qui doivent nous servir de guides dans les séparations de corps, comme le prescrit l'article 300 du Code civil ainsi conçu :

« Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce » pour cause déterminée, il sera libre aux époux de for- » mer demande en séparation de corps. » Art. 300.

Ainsi la demande en séparation de corps peut être formé dans les mêmes cas qui auraient autorisé l'action en divorce.

1352. Nous aurons donc à rechercher dans la loi sur les divorces,

1° Les causes de la séparation de corps ;

2° Les fins de non-recevoir qui peuvent être proposées contre la demande ;

3° La procédure à suivre et les mesures provisoires à employer ;

4° Les effets que les séparations de corps peuvent produire

Nous examinerons ensuite dans une cinquième section comment la séparation de corps cesse et quelles sont les suites de cette cessation.

Section Ire.

Des causes de la séparation de corps.

SOMMAIRE.

1353. *Quelles sont les causes de la séparation de corps.*
1354. *Elle ne peut avoir lieu par consentement mutuel.*
1355. *De plusieurs causes de divorce ou de séparation rejetées par le Code civil.*

1353. Ces causes sont déterminées par les art. 229, 230, 231, 232 du Code civil, en substituant au mot *divorce* les mots *séparation de corps.*

t. 229. « Le mari pourra demander la séparation de corps pour » cause d'adultère de sa femme. »

rt. 230. « La femme pourra demander la séparation de corps pour » cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa con- » cubine dans la maison commune. »

rt. 231. « Les époux pourront réciproquement demander la séparation de corps pour excès, sévices ou injures graves de » l'un d'eux envers l'autre. »

t. 232. « La condamnation de l'un des époux à une peine infâmante sera pour l'autre époux une cause de séparation » de corps (1). »

1354. L'art. 233 admettait pour le divorce une qua-

(1) Le Code sicilien admet comme causes de séparation de corps par les art. 217, 218, 220, 221, celles indiquées dans les art. 229, 230, 231, 232, du Code Napoléon, par l'art. 219 il autorise la femme à demander avec le conseil de ses deux plus proches parents, la séparation pour cause d'adultère du mari, lorsqu'il vit publiquement avec une concubine;

D'après l'art. 222 la séparation ne peut avoir lieu du consentement mutuel des époux que sur l'homologation du tribunal civil;

Le Code de la Louisiane, art. 135 à 138, admet les causes déterminées par les art. 229 à 231 du Code français, et par l'art. 139 il permet de la demander, 1° pour cause de diffamation publique d'un époux envers l'autre; 2° pour abandonnement; 3° pour attentat à la vie;

Le Code sarde, art. 140, dit que les époux ne pourront même d'un commun accord se séparer sans y être autorisés par le juge ecclésiastique;

Suivant le Code bavarois, la séparation de corps a lieu, 1° quand un des époux ne peut vivre avec l'autre sans un grand danger pour son âme ou pour son corps; 2° pour adultère de l'un d'eux, mais cette cause cesse lorsque le délit est réciproque;

L'art. 255 du Code hollandais autorise à demander le divorce après une séparation depuis cinq ans;

En Autriche, la séparation de corps par consentement mutuel doit être autorisée par le juge après trois comparutions devant le curé, art. 103 à 106.

Elle peut, d'ailleurs, être demandée :

1° Pour condamnation comme adultère ou coupable d'un crime; 2° pour abandon coupable; 3° pour excès, sévices ou injures; 4° pour la dilapidation de la fortune du conjoint; 5° pour infirmités et maladies contagieuses et invétérées.

trième cause, savoir le consentement mutuel exprimé de la manière sous des conditions et après des épreuves déterminées par le chap. 3 du titre du Divorce. (V. les art. 275 et suiv.)

Mais cette cause de divorce et les règles qui s'y appliquent doivent rester étrangères à la séparation de corps. Car l'article 307 déclare que *la séparation de corps ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel.*

Cette disposition est conforme au droit ancien. Jamais les tribunaux n'ont admis les séparations volontaires entre époux L'ordre public et intéressé au maintien des engagements qui résultent du mariage. Ces engagements formés sous l'autorité de la loi ne peuvent être détruits ni même modifiés par une simple convention privée. L'intervention de la justice est nécessaire pour apprécier les motifs de la séparation pour veiller aux intérêts des enfants nés du mariage, à celui des époux eux-mêmes, et pour juger si des circonstances impérieuses commandent une séparation qui est contraire au but du mariage et à l'ordre social.

1355. Plusieurs autres causes déterminées de divorce ou de séparation de corps avaient été aussi proposées :

1° Savoir, la démence, la fureur ou la folie de l'un des époux ;

2° L'absence ;

3° L'abandon ;

4° L'impuissance.

La première de ces causes avait été admise par la loi du 20 septembre 1792 (§ 1er, art. 4, n° 1).

Mais elle blessait l'essence du mariage.

« Cet état, dont la condition et le charme inexprimable sont dans l'étroite communauté des biens et des maux, des plaisirs et des peines, oser le rompre devant le malheur involontaire, ce serait outrager les sentiments que les hommes les plus étrangers entr'eux éprouvent, la bienveillance et la pitié.

» Le malheur de l'un des époux doit être, au contraire, un lien de plus pour l'autre. »

Cette cause fut rejetée par les législateurs du Code civil.

L'absence donna lieu à une division très-prononcée entre les opinions des membres du Conseil d'Etat et celles des Cours de cassation, de Lyon et de Paris.

Mais si l'absence était involontaire et accidentelle, ne serait-il pas injuste d'en punir l'absent ?

Considérée comme présomption de mort, l'absence doit avoir une longue durée ; et la longueur du délai rendrait illusoire pour la femme le divorce et la faculté de se remarier. On ne peut cependant pas autoriser le divorce dans un délai trop court.

L'abandon était aussi une des causes admises par la loi du 20 septembre ; mais il ne pouvait devenir un motif de divorce qu'autant que le fait aurait été accompagné de l'intention de délaisser. Or, rien de plus difficile à prouver, rien de plus équivoque que cette intention. D'ailleurs une telle cause prêtait à trop d'abus ; elle eût ramené la cause d'incompatibilité d'humeur et de caractère qu'on voulait repousser.

L'impuissance est une cause honteuse que le Conseil d'État devait écarter parce qu'elle ne peut pas être articulée positivement, parce que les preuves en sont difficiles et qu'elle exige des vérifications indécentes, parce qu'enfin elle pourrait déguiser un consentement mutuel.

Toutes ces causes furent rejetées.

On ne devait pas aussi admettre celle tirée de l'émigration ; elle avait été introduite par la loi de 1792, mais dans des circonstances extraordinaires qui n'existent plus (1).

(1) V. l'Esprit du Code Napoléon, par Locré, sur le titre du Divorce.

§ Ier.

De l'adultère.

SOMMAIRE.

1356. *Distinction entre l'adultère de la femme et celui du mari. — Motifs.*
1357. *L'adultère de la femme peut être prouvé par tous les genres de preuves applicables aux délits.*
1358. *Celui du mari est plus facile à prouver par la circonstance qu'il exige.*
1359. *Caractère et nature des présomptions à admettre comme preuves de l'adultère.*
1360. *Les domestiques sont des témoins nécessaires.*
1361. *Compensation admise pour repousser l'action.*
1362. *L'absence du mari que la femme croit mort est-elle une excuse ?*
1363. *Que doit-on entendre par maison commune ?*

1356. La loi distingue l'adultère de la femme de l'adultère du mari ;

L'adultère de la femme donne lieu à la séparation de corps dans tous les cas ;

L'adultère du mari ne l'autorise que lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune.

Pourquoi cette différence?

Dans l'un comme dans l'autre époux il viole la foi jurée.

Dans les deux époux aussi il peut être accompagné de circonstances qui ajoutent l'outrage à l'infidélité.

Mais à ces raisons communes aux deux époux s'en ajoutait une autre plus grave encore qui justifie la rigueur de la loi contre la femme; « elle trouble par un sang étranger le » sang de son époux qu'elle doit transmettre à ses enfants ; » elle altère dans son principe cette affection mutuelle qui » doit unir les frères ; elle comprime jusques dans le cœur » de son mari cet abandon au sentiment de la nature qui » est le plus doux charme de la paternité (1). »

(1) Esprit du Code sur le divorce et sur l'art. 230.

1357. La difficulté des preuves de l'adultère de la femme a fixé l'attention des législateurs. Ils voulaient éviter la preuve par témoins souvent impossible sur le fait positif, et toujours indécente.

La Commission avait proposé de n'admettre la demande contre la femme que quand le fait d'adultère serait établi ou par le scandale public ou par des écrits émanés d'elle.

La Section du Conseil d'Etat avait adopté ce système.

Mais la discussion en fit reconnaître les difficultés.

La condition du scandale public en présentait surtout de très-remarquables.

« D'une part, quelles seraient les circonstances qui caractériseraient le scandale public ? Le divorce ou la séparation de corps n'auraient-ils lieu qu'autant que la femme serait notoirement affichée pour une prostituée publique (1) ? »

D'une autre part, n'atteindre que la prostitution scandaleuse, c'eût été habituer la masse du peuple à ne voir bientôt de mal dans le crime que le scandale, à compter pour rien ou pour peu les crimes secrets ; c'eût été s'exposer à sanctionner légalement l'hypocrisie, à dégrader sans retour le caractère national et les mœurs publiques (2).

La seconde condition eût souvent réduit le mari à l'impuissance de réprimer les déréglements de son épouse. Car quelle sera la femme assez maladroite pour que le mari puisse avoir des preuves écrites émanées d'elle ?

La Cour de Lyon avait proposé l'adoption du système de la loi du 20 septembre 1792 qui, au lieu de l'adultère, avait admis comme cause déterminée le *déréglement de mœurs notoire*. (V. l'art. 4, § 1er de cette loi.)

La Cour de Bruxelles demandait qu'à la cause d'adultère fût ajoutée celle de *déréglement* de mœurs notoire.

Mais il était aussi difficile de fixer les caractères de cette notoriété de déréglement.

(1) Observation des Cours de Rouen et de Grenoble.
(2) Observation de la Cour de Douai.

Au Conseil d'État on proposa d'admettre la preuve testimoniale, mais seulement pour compléter le commencement de preuve qui résulterait de lettres suspectes dont le mari se saisirait.

Mais on reconnut que des femmes honnêtes pourraient être victimes des écrits d'un malveillant.

Enfin l'on comprit que tous les genres de preuve devaient être admis ; qu'on devait laisser aux juges à en apprécier les circonstances, et qu'il devait suffire que l'adultère fût *légalement* prouvé pour que l'action fût accueillie.

Ainsi, pour prouver l'adultère, on pourra recourir soit aux preuves littérales, soit aux preuves par témoins, soit même aux présomptions graves, précises, concordantes, et en géral à tous les moyens que la loi donne pour établir les délits, les quasi-délits et les autres faits pour lesquels il n'a pas dépendu des parties intéressées de se procurer des preuves écrites.

1358. L'adultère du mari est plus facile à prouver pour obtenir la séparation de corps, puisqu'il doit être accompagné de la circonstance de la demeure de la concubine dans la maison commune des deux époux.

C'est du droit romain qu'a été empruntée la disposition de l'article 230 du Code civil.

Cet article est, à la rigueur des termes près, la traduction presque littérale de la loi 8, § 2, C. *de repud. vel ad contemptum sui, domus ve suæ, ipsâ inspiciente cum impudicis mulieribus.* (*Quod maximè etiam castas exasperat*). *Cœtum ineuntem.*

Rien n'est, en effet, plus affligeant, plus cruel, pour la femme vertueuse que d'être témoin, dans la maison conjugale, des désordres de son mari « que de voir continuellement l'objet impudique des criminelles complaisances de celui-ci et d'être à chaque instant exposée aux outrages de celle qui usurpe des droits et des affections qui lui étaient

Mais la demande en séparation fondée sur une telle cause ne peut être accueillie qu'autant que les faits articulés sont graves et positifs, qu'ils ne se réduisent pas à quelques complaisances imprudentes plutôt que coupables qu'aurait le mari pour une femme étrangère qui habiterait dans la maison conjugale, et que les présomptions les plus fortes, les plus concluantes signaleraient l'adultère.

La preuve physique et la démonstration de l'adultère est une découverte presque impossible en jurisprudence, dit Fournel dans un traité de l'adultère.

Aussi les docteurs les plus subtils ont-ils fini par reconnaître que toutes les hypothèses auxquelles ils s'étaient livrés ne leur avaient offert pour résultat que des présomptions.

» Le résumé de tous les avis, c'est que l'adultère n'est susceptible de recevoir *aucune* preuve *per conspectum* ; qu'il est seulement possible d'en apercevoir les préparatifs *per conspectum*. »

Aussi la jurisprudence s'en tient-elle a ce dernier parti, et c'est un principe reçu que pour être considéré comme coupable d'adultère il suffit qu'il y ait eu de part et d'autre manifestation de l'intention de commettre le crime sans que l'on considère les suites de la *tentative*.

1359. Mais quels sont les actes de familiarité propres à manifester cette intention, et quelles sont les présomptions qui méritent d'être admises pour former un corps de preuves?

Fournel en indique de deux sortes :

Les présomptions littérales et les présomptions testimoniales ;

Les présomptions littérales sont les lettres, les billets écrits par la femme à son complice ou qu'elle a reçus de celui-ci.

Le mari, selon cet auteur, qui surprend des lettres écrites par sa femme ou des lettres qui lui sont adressées, peut les décacheter et les produire en justice. Il n'aurait pas ce droit relativement à des lettres adressées à des tiers.

S'il découvrait la confession écrite de sa femme il ne pourrait en faire usage.

Mais il aurait le droit de se servir des déclarations qu'il trouverait dans un journal ou des mémoires qu'aurait faits celle-ci.

Des procès-verbaux dressés contre la femme surprise en flagrant délit fourniraient aussi une présomption littérale des plus graves. On sait que la loi appelle flagrant délit, le délit qui se commet actuellement ou qui est sur le point de se commettre. (Code d'instruction criminelle, art. 41.)

1360 Quant aux présomptions testimoniales, elles résultent des témoignages qui parlent des relations familières de la femme et de son complice, et des autres faits qui peuvent caractériser la nature de ces relations et la criminalité des habitudes.

Les domestiques sont des témoins nécessaires en cette matière. Car plus que toute autre personne ils sont à portée de connaître des circonstances importantes. *Quoniam non facilè quæ domi geruntur per alienos poterant confiteri*, L. 8, C. *de rep.*

Cependant, les témoignages des domestiques ne doivent être admis qu'à défaut d'autres preuves, et encore ne doivent-ils être écoutés qu'avec circonspection.

Les présomptions de diverses natures sont des éléments de conviction qu'apprécie le magistrat, et qui le déterminent à accueillir ou à repousser dans sa conscience l'accusation d'adultère, et la séparation de corps à laquelle cette accusation sert de base.

1361. Mais si le mari qui accuse s'est lui-même rendu coupable d'un pareil délit dans la maison conjugale, et que sa culpabilité soit démontrée, il ne devra pas être écouté.

L'immoralité de sa propre conduite le prive du droit de se plaindre. C'est ce que déclare l'article 336 pour le cas de l'action d'adultère intentée par le mari devant les tribunaux correctionnels. Il y a même raison de le décider ainsi

en matière de séparation de corps. Car la mauvaise conduite du mari, ses désordres sous les yeux de la femme, et l'humiliation qu'on lui faisait subir peuvent avoir été les premières causes de ses fautes. Un arrêt de la Cour de Lyon, du 15 juin 1837, a admis cette déplorable mais juste compensation (1).

Quelques auteurs n'admettent pas la même compensation en faveur du mari défendeur à l'action d'adultère formée par la femme; il semble cependant qu'il y a parité de raison. Aussi d'autres jurisconsultes appliquent-ils dans ce cas le même principe de compensation (2).

1362. La femme dont le mari est absent depuis longtemps et qui, se croyant veuve, a des liaisons illicites avec un autre individu se rend-elle coupable d'adultère?

Bedel, dans son *Traité de l'adultère*, l'excuse sur son intention.

Mais Merlin, Toullier et avant eux Pothier la condamnent en se fondant sur la maxime *danti operam rei illicitæ, imputantur omnia quæ sequntur etiam præter voluntatem ejus* (3).

1363. La séparation de corps pour cause d'adultère peut être demandée par la femme si le mari tient sa concubine dans son domicile quoique la femme n'y ait jamais résidé ou quoiqu'elle en soit sortie. Car le domicile du mari est la maison conjugale (4).

On doit aussi considérer comme faisant partie de la maison conjugale et donnant lieu à l'application de la loi un bâtiment qui en est une dépendance et qui est enfermé dans

(1) Sirey, t. 38. 2. 164.

(2) Contre la compensation Mauguin, *Action publ.*, t. 1, n° 144; Merlin, Quest. de droit, v° *Adultère*, § 5: pour la compensation, Carnot, C. pénal, t. 2, p. 111; Vatimesnil, v° *Adultère*, n° 27.

(3) Merlin, v° *Légitime*, sect. 2, § 2, n° 10; Répert., Toullier, 1, n° 637; Pothier, du *Mariage*, part. 5, chap. 2, art. 2, § 2.

(4) Arrêts de la Cour de cassat., 9 mai 1821, 27 janvier 1819, 21 décembre 1818; D., t. 21. 1. 401; t. 19. 1. 120 et 121.

la même enceinte que la maison d'habitation. (Besançon, 19 avril 1808.)

Mais l'article n'est pas applicable au cas d'un adultère commis dans la maison conjugale avec une concubine qui n'y réside pas.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 19 mai 1825, a cependant jugé que, lorsque l'introduction d'une concubine dans la maison conjugale était souvent répétée, la preuve de ce fait, pour en déterminer la gravité, devait être admise. Mais c'était plutôt comme injure déterminée que comme adultère que le fait pouvait être considéré.

La circonstance que la concubine du mari dans la maison conjugale était sa propre fille, fut honteusement invoquée devant la Cour de cassation, le 26 juillet 1813. Elle repoussa cet odieux moyen à l'aide duquel on voulait justifier l'adultère par l'inceste. (D. 13. 1. 422.)

---

§ II.

Des excès, sévices ou injures graves.

SOMMAIRE.

1364. *Les excès, sévices et injures graves sont des causes de séparation.*
1365. *Qu'entend-on par excès?*
1366. *Qu'entend-on par sévices?*
1367 *Qu'entend-on par injures graves?*
1368. *Résumé des caractères de ces trois causes.*
1369. *Ces causes donnent lieu à la séparation lorsqu'elles sont le fait d'une autre personne tolérée par l'époux.*
1370. Quid *s'il y a provocation ou réciprocité de torts?*
1371. *Cette compensation n'est pas admissible pour l'adultère.*
1372. *Le mal vénérien est-il une cause de séparation?*

1364. L'article 231 autorise réciproquement les époux à demander la séparation de corps pour excès, sévices, injures graves l'un envers l'autre.

L'article distingue entre les *excès*, les *sévices* et les *injures graves*.

Ces expressions embrassent toutes les causes qui attaquent la sûreté, la sécurité et le repos, enfin l'honneur. Les excès détruisent la sûreté, les sévices le repos, les injures, l'honneur.

1365. Dans aucun des projets proposés au Conseil d'Etat ou adoptés par lui, il n'était parlé des excès.

Mais tous ces projets, à l'exception de celui de la Section, admettaient pour cause de divorce ou de séparation de corps, l'attentat à la vie de l'un des époux de la part de l'autre.

Un motif aussi grave ne pouvait, en effet, être négligé, et la rédaction communiquée au Tribunat portait : L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera *pour celui-ci une cause de divorce*.

Mais le Tribunat fit observer « qu'il résulterait d'un tel article que l'époux, qui est dans la cruelle position d'avoir à alléguer un des motifs les plus légitimes du divorce, ne peut plus le demander sans paraître aux yeux de la société se rendre le dénonciateur de l'autre époux, et sans courir quelquefois le risque de le traîner à l'échafaud (1). »

Cette observation était bien plus frappante encore, appliquée à une demande en séparation de corps. Comment un époux aurait-il pu se décider à fonder sa demande en séparation sur une telle cause, et à livrer ainsi à la vindicte publique et à l'infamie l'autre époux auquel il ne devrait pas cesser d'être uni quoique leur union fût relâchée ?

Le Tribunat proposa de supprimer l'article, et de déguiser l'attentat à la vie sous le nom de sévices.

Le Conseil d'Etat eut égard à ces observations ; on supprima l'article projeté, et l'on en fit l'article 231 en ajoutant le mot *excès* ; expression plus caractéristique « qui com-

(1) Observations du Tribunat, n° 2.

prend tous les procédés capables de compromettre la sûreté de la personne sans en distinguer le but ni le principe, le guet-à-pent comme les fureurs de la colère, l'attaque à la vie comme les simples blessures; expression qui placée auprès de celle de *sévices* met à l'aise la conscience des juges, en leur épargnant les incertitudes cruelles où les placerait la nécessité de s'arrêter a des degrés trop précis (1). »

Le mot *excès* déguise donc l'attentat à la vie. Il s'applique à des actes de fureur et de violence qui font craindre pour l'existence de celui des époux qui en est la victime, et qui sont rappelés dans la loi 8, § 2, Cod. *de repud.*

« *Si suæ vitæ veneno aut gladio, aut alio simili modo insidiantem, si se verberibus (quæ ingenuis aliena) sunt afficientem probaverit.*

1366. Les sévices sont d'un caractère moins dangereux; mais s'ils ne mettent pas la vie en péril ils la livrent à la persécution, aux mauvais traitements et aux angoisses; car par le mot *sévices* on ne doit pas entendre « de simples mouvements de vivacité, ni quelques refus même déplacés de la part de l'un des époux, mais des mauvais traitements personnels, et ce qu'on appelle *sévices* dans la rigoureuse acception du mot *sævitia*, cruauté. »

Les sévices et les injures n'avaient d'abord été admis par le Conseil d'Etat que comme causes de séparation de corps.

Ensuite on les admit comme causes de divorce lorsqu'ils étaient accompagnés du consentement mutuel. (V. le procès-verbal des discussions du 24 brumaire an 10.)

Une nouvelle discussion s'engagea à ce sujet, le 5 vendémaire an 11. On disait que par rapport aux sévices le mari ne pouvait pas les invoquer, parce que la force de son sexe pouvait l'en mettre à l'abri.

Cependant on a fini par appliquer cette cause aux deux époux.

(1) Esprit du Code Napoléon sur l'art. 231.

1367. Quant aux injures, le projet de la Commission ne leur attribuait l'effet d'opérer le divorce que quand elles prenaient le caractère de *diffamation publique*.

C'était se conformer à l'ancienne jurisprudence. « Autrefois, » disait Tronchet dans la séance du 6 nivôse an 16, on n'ap- » pelait injure grave que la diffamation publique ; quant aux » simples grossièretés, à moins qu'elles ne dégénérassent » en sévices, elles n'étaient pas des moyens de séparation. »

Mais les Cours d'appel de Toulouse et de Rennes craignirent qu'abusant d'une expression aussi vague que celle de *diffamation publique*, on ne prononçât le divorce pour des injures légères ; et pour prévenir cette fausse application, elles proposèrent de ne parler que de sévices et de mauvais traitements, dans lesquels, disaient-elles, les injures rentrent lorsqu'elles sont graves.

Cependant la Commission avait adopté la substitution des mots *Diffamation publique* à ceux *injures graves*.

Mais la Section présenta de nouveau la première rédaction qu'elle avait proposée, et elle fut admise dans la séance du 22 fructidor an 10.

Les discours des orateurs du Tribunat, et l'exposé des motifs de la loi expliquent l'étendue qu'elle attache aux expressions *Injures graves*.

« Ces expressions n'ont pas la même précision que celles qui désignent les deux causes précédentes admises par l'article 231. Mais d'abord leur rapprochement de celles d'*excès* et de *sévices* indique qu'elles sont au moral ce que les autres sont au physique. Les premières sont, si l'on peut ainsi parler, la violence des corps, et les secondes la violence des sentiments. Ensuite, la nature de l'action intentée, son importance morale et civile, la sévérité même de la loi dans son accueil au divorce, avertissent assez du véritable sens attaché à ces expressions (1).

(1) Discours du Tribun Savoye Rollin.

» La loi parle non de quelques paroles dures échappées dans des instants d'humeur ou de mécontentement, mais d'injures portant un grand caractère de gravité (1). »

L'expression *injure grave* a été empruntée de la loi du 20 septembre 1792.

Nous ajouterons avec Locré que cette expression « en excluant d'un côté les injures légères, comprend de l'autre toutes celles que peuvent affecter avec raison un cœur sensible et honnête ; soit que, comme la diffamation publique, elles aient toute la cité pour témoin, soit que l'outrage n'ait été connu que d'un petit nombre de personnes.

Au reste, comme le font observer tous les auteurs, pour apprécier la gravité des injures, il faut se fixer sur les circonstances, rechercher l'intention, considérer surtout la qualité des personnes.

Des paroles grossières proférées dans certaines classes d'individus ne sont que le langage ordinaire, et ne caractérisent pas une injure grave parce qu'aucune intention coupable ne les a dictées.

Elles seraient, au contraire, des plus outrageantes entre des personnes d'une classe plus élevée, d'une éducation plus soignée, dont elles blesseraient les sentiments et attaqueraient l'honneur. C'est au magistrat à saisir ces nuances pour ne pas s'égarer dans l'application de la loi.

1368. Nous avons cru utile de retracer, d'après les discussions préparatoires de la loi, les principaux caractères des causes de divorce ou de séparation de corps, exprimées dans l'article 231 du Code Napoléon :

Les *excès* qui mettent la vie en danger.

Les *sévices*, mauvais traitements physiques qui troublent le repos domestique et peuvent même compromettre celui la société.

Les *injures graves*, mauvais traitements moraux qui ren-

(1) Esprit du Code Napoléon sur l'art. 231.

dent insupportable la vie commune et qui souvent portent atteinte à l'honneur.

De ces trois causes la première est la plus décisive. Lorsqu'elle est prouvée, le magistrat ne doit pas hésiter à ordonner la séparation de corps.

Les deux autres sont moins déterminantes ; leur influence dépend de leur intensité, de la qualité des personnes, de l'éducation qu'elles ont reçue, de la condition sociale où elles sont placées. C'est dans l'appréciation de ces circonstance que le magistrat réfléchi trouve les règles de sa décision.

Il serait superflu de citer des exemples. Car les faits varient comme les rapports des époux entr'eux et avec les personnes qui les entourent. Ils présentent autant de combinaisons diverses qu'il peut en résulter de la différence des caractères, des positions, des caprices même.

1369. Seulement nous ferons observer que lors même que les sévices, les injures graves seraient moins l'œuvre de l'époux que celle d'autres personnes qui habiteraient dans la maison commune ou qui y seraient reçues, celles des domestiques, par exemple, ces sévices, ces injures graves autorisées ou tolérées par l'autre époux, n'en devraient pas moins exciter contre celui-ci la sévérité des tribunaux et faire prononcer la séparation de corps. L'époux, qui tolère de tels actes, de tels outrages exercés contre son épouse, en sa présence, sous ses yeux, en est nécessairement le complice ou même l'agent secret ; il est même plus coupable que celui qui s'y livre personnellement, et les maux qu'ils causent à la victime lui sont plus sensibles ; elle se résigne plus difficilement à les souffrir.

La loi doit, dans ce cas, venir au secours de l'épouse opprimée, et, l'entourant d'une protection que son époux ne veut ou ne peut lui accorder, l'affranchir par la séparation de corps d'un joug qu'elle ne doit pas subir. C'est ce qu'a décidé en principe la Cour de cassation par arrêt du 19 avril

1825, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux (1).

1370. Nous ajouterons aussi que des provocations si elles avaient été vives, que la réciprocité des outrages si elle était établie, pourraient, selon les circonstances, faire rejeter l'action en séparation de corps.

Les provocations seraient une excuse, la réciprocité des outrages et des fautes présenterait une sorte de compensation qui ne permettrait pas aux tribunaux de prononcer une condamnation qui a quelque chose de flétrissant, contre un époux qui aurait été violemment excité ou qui aurait eu lui-même des torts sérieux à reprocher à l'autre époux.

C'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêts, notamment un arrêt de la Cour de Metz, du 7 mai 1807, sur la provocation ; un arrêt de la Cour de Toulouse, du 9 janvier 1824, qui décide que la mauvaise conduite de la femme, ayant provoqué les mauvais traitements exercés par le mari contre elle devait faire repousser sa demande ; un arrêt de la Cour d'Orléans qui avait dans les premiers temps de la promulgation du Code adopté la même doctrine et contre lequel la femme s'était pourvue. Mais son pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation, le 14 prairial an 13 (2).

1371. Mais si la demande en séparation de corps est fondée sur l'adultère, la réciprocité du crime n'affaiblirait pas le motif. Il serait très-immoral d'admettre une telle compensation de désordres. Ce serait encourager les déréglements ; ce serait corrompre les mœurs de la société ; ce serait autoriser la femme à introduire impunément dans une famille des enfants étrangers. Aussi cette fin de non-

(1) D., t. 25. 1. 275.

(2) Voir l'arrêt de l'an 13 dans le Journal de Sirey, 7. 2. 908, et dans celui de Denev., 3. 1. 511, et les autres arrêts dans les mêmes Recueils.

Voir aussi sur cette question Favard, v° *Séparation entre époux*, section 2, art. 2, n° 6 ; Merlin, Question de droit, v° *Adultère*, § 8, n° 2 ; Vazeilles, t. 2, n° 536 ; Duranton, t. 2, n° 574. — *Contrà*, Chardon, du *Dol*.

recevoir fut-elle repoussée par le Conseil d'État, et la Cour de cassation s'est conformée à cette doctrine par arrêt du 9 mai 1821 (1).

Il est à remarquer, au reste, que quelle que soit la décision des Cours royales sur les demandes en séparation de corps, comme elles prononcent sur des points de faits plutôt que sur des points de droit, les pourvois sont sans effet. La Cour de cassation les rejette, les questions de fait n'étant pas de son domaine.

1372. Cette Cour a cependant décidé en droit par un arrêt qu'a rendu la section civile, le 16 février 1808, que la communication du mal vénérien ne pouvait pas être une cause de séparation de corps à moins qu'elle n'eût été accompagnée de circonstances aggravantes. Mais dans cette espèce un point de droit se présentait, et il était assez difficile, abstraction faite de toutes circonstances, de ranger dans la classe des sévices une telle communication qui, quelque affligeante qu'elle fût, pouvait n'être que l'effet de l'imprudence et de l'ignorance de l'époux sur sa position.

La Cour de Lyon depuis par arrêt du 4 avril 1819, et antérieurement celle de Besançon par arrêt du 1er février 1806, ont jugé que la communication du mal vénérien, réunie à d'autres moyens, devait autoriser la séparation de corps.

La Cour de Toulouse a bien posé en principe, par arrêt du 30 janvier 1821, qu'un tel mal communiqué à une jeune épouse dans les premiers mois du mariage pouvait être considéré comme un sévice ou une injure grave autorisant la demande en séparation de corps; mais d'autres outrages étaient établis et servirent aussi de motifs à l'arrêt. Il est douteux que le premier moyen isolé eût paru suffisant (2).

(1) V. l'Esprit du Code Napoléon sur l'art. 272, et l'arrêt cité dans le Journal de Dalloz, t. 21. 1. 401.

(2) Voir sur cette question, Pothier, du *Mariage*, n° 514; Merlin, Répertoire; Duranton, t. 2, p. 289, et les arrêts cités dans les Recueils

§ III.

De la condamnation à une peine infamante.

SOMMAIRE.

1373. *De la condamnation à une peine infamante. — Source de cette cause.*
1374. *Quelles sont les peines infamantes ?*
1375. Quid *si le condamné est contumace et que la peine n'entraîne pas la mort civile ?*
1376. *C'est la peine prononcée non le crime qui autorise la séparation.*
1377. *La commutation ne détruit pas le droit.*
1378. *La réhabilitation le fait disparaître.*
1379. Quid *d'une condamnation antérieure au mariage ?*
1380. *D'autres causes de séparation peuvent-elles être admises si elles ne rentrent pas dans celles fixées par la loi ?*

1373. La condamnation de l'un des époux à une peine infamante est pour l'autre époux une cause de séparation de corps. L'article 232 le déclare positivement.

La loi du 20 septembre 1792 autorisait la demande en divorce contre l'époux condamné à une peine afflictive ou infamante.

Cette cause avait été empruntée des lois romaines... *Si maritum suum... homicidum... aut veneficum... vel falsitatis crimine condemnatum invenerit.* L. 8, § 3, *Cod. de repud.*

La Commission du projet du Code l'avait retranchée.

La Cour de cassation et les Cours d'appel de Douai, Lyon, Orléans, Rennes et Paris en réclamèrent l'insertion.

Néanmoins, la Section ne l'avait pas d'abord admise, et elle fut proposée au Conseil d'Etat.

Depuis, tous les projets la continrent.

Mais la rédaction varia. Tantôt, elle ne parlait que d'une

de Sirey et de Denevers ou Dalloz ; savoir, dans celui de Sirey, t. 8. 1. 179 ; t. 6. 2. 401 ; t. 19. 2. 131 ; t. 21. 2. 344, et dans celui des autres arrêtistes, t. 6. 1. 137 ; t. 18. 2. 37 ; t. 20. 2. 56.

peine afflictive, tantôt d'une peine infamante, tantôt de celle qui était tout à la fois afflictive et infamante.

La discussion fit connaître que dans l'intention du Conseil d'Etat, c'était seulement aux peines infamantes que devait être attachée la cause de divorce ou de séparation.

A cette époque, d'après l'article 604 du Code des délits et des peines qui était en vigueur, toute peine afflictive était aussi infamante.

Mais la législation pouvait varier, et le conseil ne voulant s'arrêter qu'à l'infamie de la peine réduisit l'expression à la condamnation à une *peine infamante*.

1374. Sous notre Code pénal actuel toutes les peines afflictives sont infamantes, et de plus il y a deux peines qui sont infamantes sans êtres afflictives, savoir : Le bannissement et la dégradation civique. (Art. 7 et 8 du Code pénal.)

Le sentiment de l'honneur est trop vif en France pour que cette cause ne fût pas admise. Forcer une épouse honnête à vivre avec un être flétri par la justice, et déclaré infâme, c'est la livrer à un supplice sans cesse renouvelé. C'est faire subir à l'innocence la peine du crime.

Il est cependant des cas où l'infamie attachée à la condamnation n'atteint pas le condamné aux yeux de l'opinion. Celui par exemple où un moment de violence et d'égarement a fait commettre un crime. Le coupable que déchire le remords n'en doit pas moins être condamné. Mais il excite la pitié, et l'opinion ne le dégrade pas. Qu'alors son épouse respecte leur union, et le console dans sa misère, elle remplit un devoir, et elle trouve dans sa conscience même la récompense de son vertueux dévouement.

Mais la loi ne peut lui imposer cette abnégation. Car elle est une; et quelle que soit la cause de la condamnation à la peine infamante, elle autorise l'épouse du condamné à demander la séparation de corps,

Mais pour que la condamnation à une peine infamante

autorise la demande en séparation, il faut qu'elle soit définitive et irrévocable.

1375. Si le condamné est contumace et que la condamnation ne soit pas de nature à emporter la mort civile du condamné après cinq années depuis l'exécution par effigie, le jugement de condamnation ne devient irrévocable que par la prescription de vingt ans (Code d'instruction criminelle, art. 635). Jusques-là le jugement de condamnation n'est que provisoire, et il ne peut servir de base à un jugement définitif de séparation de corps (Cour de cassat., arrêt du 17 juin 1813, D., 11. 1. 374; S., 13. 1. 293).

1376. Ce n'est que la peine effectivement prononcée et non celle qu'aurait entraînée le fait d'accusation qualifié par elle de crime, qui autorise la demande en séparation. Si à raison des circonstances atténuantes la condamnation s'est réduite à une peine correctionnelle, la séparation de corps ne peut être demandée (Paris, 16 juillet 1839, S., 40. 2. 107; D., 39. 2. 245).

1377. Mais s'il y a eu condamnation à une peine infamante, la commutation à une peine seulement correctionnelle ne prive pas l'autre époux du droit de demander la séparation; car la commutation ne détruit pas la condamnation; elle ne fait qu'adoucir ou remettre la peine en faveur du condamné, mais en respectant les droits d'autrui.

1378. S'il y avait eu réhabilitation, non-seulement la peine serait éteinte mais même la condamnation serait effacée au moins pour l'avenir; tous les effets de cette condamnation auraient disparu avec elle; l'infamie n'existerait plus légalement; elle ne pourrait donc servir de base à une demande en séparation de corps (Code d'instruction criminelle, art. 633; Duranton, t. 2, p. 567).

1379. Que doit-on décider relativement à une condamnation prononcée avant le mariage?

Les auteurs sont divisés sur la question. Zachariæ, Toullier, Proudhon, Favard refusent l'action en séparation au

conjoint qui a même ignoré la condamnation à une peine infamante. Massol, Duranton, Dalloz aîné la lui accordent (1).

Ceux qui dénient l'action se fondent sur les termes de l'art. 232 qui ne paraît s'appliquer qu'à une condamnation postérieure au mariage.

Ceux qui l'admettent ne voient rien qui s'y oppose dans l'art. 232. Ils disent que les motifs qui ont dicté la règle s'appliquent à l'un des cas comme à l'autre ; qu'il serait injuste et cruel de condamner un époux innocent à traîner son existence avec un infâme ; que le dol même de celui-ci, qui a caché sa condamnation, le rend plus coupable encore ; qu'enfin on pourrait aller jusqu'à attaquer le mariage de nullité comme étant l'effet d'une affligeante erreur sur la qualité de l'époux condamné ; qu'à plus forte raison cette funeste erreur, œuvre d'une criminelle déception, doit autoriser l'action en séparation.

Cette dernière opinion est protégée par l'équité, et le texte de la loi ne la repousse pas directement. Elle doit donc être adoptée.

Nous avons parcouru les causes déterminées par la loi pour autoriser la séparation de corps.

1380. Il en est quelques autres que certains auteurs signalent ou que des arrêts ont admises.

Mais ces causes ne sont réellement que des modifications de celles exprimées dans la loi.

C'est ainsi qu'un arrêt rendu par la Cour de Riom, le 9 avril 1819, a ordonné la séparation de corps demandée par une épouse mariée en 1783, dont le mariage n'avait été suivi que d'une cohabitation de six mois, et n'avait pas même été consommé pendant ce temps de l'aveu du mari lui-même ; que la conduite injurieuse du mari avait éloignée

(1) Zachariæ, t. 3 ; S., 491, note 16 ; Toullier, t. 2, n. 673 ; Proudhon, des *Personnes*, t. 1, p. 29 ; Favard, Répertoire, *verbo Séparation entre époux*, sect. 2, § 1, n° 3 ; Massol, *Séparation de corps*, p. 33. n. 5 ; Duranton, t. 2, n° 562 ; Dalloz aîné, t. 11, p. 895, n° 15.

du domicile conjugal, sans que le mari eût depuis cette époque fait aucune demarche pour l'y faire rentrer, à laquelle celui-ci avait même fait la réponse la plus dérisoire et la plus outrageante sur une sommation de la recevoir qu'elle lui avait fait signifier en 1803, qui voyait son mari vivre dans un état habituel de concubinage avec une fille de son voisinage, qui était même privée de son trousseau et de sa dot retenus par le mari, celui-ci lui ayant même offert de lui restituer le trousseau et de lui payer les intérêts de sa dot pour continuer de vivre en état de séparation.

La Cour de Riom pensa qu'il résultait de tous ces faits « que depuis l'époque de son mariage le mari avait témoi- » gné à son épouse l'indifférence la plus injurieuse pour ne » pas dire l'aversion la plus insurmontable ; que dès-lors il » s'était rendu coupable de l'injure la plus grave qui de- » vait suffire pour faire prononcer une séparation qui du- » rait déjà de fait depuis plus de 32 ans (1). »

C'est aussi dans le même sens qu'un arrêt rendu le 8 avril 1824 par la Cour de Rouen, a jugé qu'on doit ranger dans la classe des sévices et injures graves le fait d'avoir porté atteinte à la liberté individuelle d'une épouse et de l'avoir fait enfermer, sous prétexte de débauches, en vertu d'un ordre surpris à l'autorité administrative, dans une maison de refuge destinée à des femmes condamnées et à des filles publiques (2).

De même la Cour d'Angers, par arrêt du 8 avril 1829, a considéré comme une injure grave le refus persistant d'un mari de recevoir sa femme dans le domicile conjugal qu'elle avait abandonné volontairement pendant plusieurs années.

Mais un simple abandon dégagé de toute circonstance constitutive d'excès, sévices ou injures, ne serait pas un

(1) V. cet arrêt dans le Journal des Audiences de la Cour de Riom, 1818 et 1819, p. 423.

(2) V. cet arrêt dans la Jurisprudence de Dalloz aîné, t. 11, p. 887, n° 55.

en matière de séparation de corps. Car la mauvaise conduite du mari, ses désordres sous les yeux de la femme, et l'humiliation qu'on lui faisait subir peuvent avoir été les premières causes de ses fautes. Un arrêt de la Cour de Lyon, du 15 juin 1837, a admis cette déplorable mais juste compensation (1).

Quelques auteurs n'admettent pas la même compensation en faveur du mari défendeur à l'action d'adultère formée par la femme; il semble cependant qu'il y a parité de raison. Aussi d'autres jurisconsultes appliquent-ils dans ce cas le même principe de compensation (2).

1362. La femme dont le mari est absent depuis longtemps et qui, se croyant veuve, a des liaisons illicites avec un autre individu se rend-elle coupable d'adultère?

Bedel, dans son *Traité de l'adultère*, l'excuse sur son intention.

Mais Merlin, Toullier et avant eux Pothier la condamnent en se fondant sur la maxime *danti operam rei illicitæ, imputantur omnia quæ sequntur etiam præter voluntatem ejus* (3).

1363. La séparation de corps pour cause d'adultère peut être demandée par la femme si le mari tient sa concubine dans son domicile quoique la femme n'y ait jamais résidé ou quoiqu'elle en soit sortie. Car le domicile du mari est la maison conjugale (4).

On doit aussi considérer comme faisant partie de la maison conjugale et donnant lieu à l'application de la loi un bâtiment qui en est une dépendance et qui est enfermé dans

(1) Sirey, t. 38. 2. 164.

(2) Contre la compensation Mauguin, *Action publ.*, t. 1, n° 144; Merlin, Quest. de droit, v° *Adultère*, § 5: pour la compensation, Carnot, C. pénal, t. 2, p. 111; Vatimesnil, v° *Adultère*, n° 27.

(3) Merlin, v° *Légitime*, sect. 2, § 2, n° 10; Répert., Toullier, 1, n° 637; Pothier, du *Mariage*, part. 5, chap. 2, art. 2, § 2.

(4) Arrêts de la Cour de cassat., 9 mai 1821, 27 janvier 1819, 21 décembre 1818; D., t. 21. 1. 401; t. 19. 1. 120 et 121.

la même enceinte que la maison d'habitation. (Besançon, 19 avril 1808.)

Mais l'article n'est pas applicable au cas d'un adultère commis dans la maison conjugale avec une concubine qui n'y réside pas.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 19 mai 1825, a cependant jugé que, lorsque l'introduction d'une concubine dans la maison conjugale était souvent répétée, la preuve de ce fait, pour en déterminer la gravité, devait être admise. Mais c'était plutôt comme injure déterminée que comme adultère que le fait pouvait être considéré.

La circonstance que la concubine du mari dans la maison conjugale était sa propre fille, fut honteusement invoquée devant la Cour de cassation, le 26 juillet 1813. Elle repoussa cet odieux moyen à l'aide duquel on voulait justifier l'adultère par l'inceste. (D. 13. 1. 422.)

---

§ II.

Des excès, sévices ou injures graves.

SOMMAIRE.

1364. *Les excès, sévices et injures graves sont des causes de séparation.*
1365. *Qu'entend-on par excès?*
1366. *Qu'entend-on par sévices?*
1367 *Qu'entend-on par injures graves?*
1368. *Résumé des caractères de ces trois causes.*
1369. *Ces causes donnent lieu à la séparation lorsqu'elles sont le fait d'une autre personne tolérée par l'époux.*
1370. Quid *s'il y a provocation ou réciprocité de torts?*
1371. *Cette compensation n'est pas admissible pour l'adultère.*
1372. *Le mal vénérien est-il une cause de séparation?*

1364. L'article 231 autorise réciproquement les époux à demander la séparation de corps pour excès, sévices, injures graves l'un envers l'autre.

L'article distingue entre les *excès*, les *sévices* et les *injures graves*.

Ces expressions embrassent toutes les causes qui attaquent la sûreté, la sécurité et le repos, enfin l'honneur. Les excès détruisent la sûreté, les sévices le repos, les injures, l'honneur.

1365. Dans aucun des projets proposés au Conseil d'Etat ou adoptés par lui, il n'était parlé des excès.

Mais tous ces projets, à l'exception de celui de la Section, admettaient pour cause de divorce ou de séparation de corps, l'attentat à la vie de l'un des époux de la part de l'autre.

Un motif aussi grave ne pouvait, en effet, être négligé, et la rédaction communiquée au Tribunat portait : L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera *pour celui-ci une cause de divorce*.

Mais le Tribunat fit observer « qu'il résulterait d'un tel article que l'époux, qui est dans la cruelle position d'avoir à alléguer un des motifs les plus légitimes du divorce, ne peut plus le demander sans paraître aux yeux de la société se rendre le dénonciateur de l'autre époux, et sans courir quelquefois le risque de le traîner à l'échafaud (1). »

Cette observation était bien plus frappante encore, appliquée à une demande en séparation de corps. Comment un époux aurait-il pu se décider à fonder sa demande en séparation sur une telle cause, et à livrer ainsi à la vindicte publique et à l'infamie l'autre époux auquel il ne devrait pas cesser d'être uni quoique leur union fût relâchée ?

Le Tribunat proposa de supprimer l'article, et de déguiser l'attentat à la vie sous le nom de sévices.

Le Conseil d'Etat eut égard à ces observations ; on supprima l'article projeté, et l'on en fit l'article 231 en ajoutant le mot *excès* ; expression plus caractéristique « qui com-

(1) Observations du Tribunat, n° 2.

prend tous les procédés capables de compromettre la sûreté de la personne sans en distinguer le but ni le principe, le guet-à-pent comme les fureurs de la colère, l'attaque à la vie comme les simples blessures; expression qui placée auprès de celle de *sévices* met à l'aise la conscience des juges, en leur épargnant les incertitudes cruelles où les placerait la nécessité de s'arrêter a des degrés trop précis (1). »

Le mot *excès* déguise donc l'attentat à la vie. Il s'applique à des actes de fureur et de violence qui font craindre pour l'existence de celui des époux qui en est la victime, et qui sont rappelés dans la loi 8, § 2, Cod. *de repud.*

« *Si suæ vitæ veneno aut gladio, aut alio simili modo insidiantem, si se verberibus (quæ ingenuis aliena) sunt afficientem probaverit.*

1366. Les sévices sont d'un caractère moins dangereux; mais s'ils ne mettent pas la vie en péril ils la livrent à la persécution, aux mauvais traitements et aux angoisses; car par le mot *sévices* on ne doit pas entendre « de simples mouvements de vivacité, ni quelques refus même déplacés de la part de l'un des époux, mais des mauvais traitements personnels, et ce qu'on appelle *sévices* dans la rigoureuse acception du mot *sævitia*, cruauté. »

Les sévices et les injures n'avaient d'abord été admis par le Conseil d'Etat que comme causes de séparation de corps.

Ensuite on les admit comme causes de divorce lorsqu'ils étaient accompagnés du consentement mutuel. (V. le procès-verbal des discussions du 24 brumaire an 10.)

Une nouvelle discussion s'engagea à ce sujet, le 5 vendémaire an 11. On disait que par rapport aux sévices le mari ne pouvait pas les invoquer, parce que la force de son sexe pouvait l'en mettre à l'abri.

Cependant on a fini par appliquer cette cause aux deux époux.

(1) Esprit du Code Napoléon sur l'art. 231.

1367. Quant aux injures, le projet de la Commission ne leur attribuait l'effet d'opérer le divorce que quand elles prenaient le caractère de *diffamation publique*.

C'était se conformer à l'ancienne jurisprudence. « Autrefois, » disait Tronchet dans la séance du 6 nivôse an 16, on n'ap- » pelait injure grave que la diffamation publique ; quant aux » simples grossièretés, à moins qu'elles ne dégénérassent » en sévices, elles n'étaient pas des moyens de séparation. »

Mais les Cours d'appel de Toulouse et de Rennes craignirent qu'abusant d'une expression aussi vague que celle de *diffamation publique*, on ne prononçât le divorce pour des injures légères ; et pour prévenir cette fausse application, elles proposèrent de ne parler que de sévices et de mauvais traitements, dans lesquels, disaient-elles, les injures rentrent lorsqu'elles sont graves.

Cependant la Commission avait adopté la substitution des mots *Diffamation publique* à ceux *injures graves*.

Mais la Section présenta de nouveau la première rédaction qu'elle avait proposée, et elle fut admise dans la séance du 22 fructidor an 10.

Les discours des orateurs du Tribunat, et l'exposé des motifs de la loi expliquent l'étendue qu'elle attache aux expressions *Injures graves*.

« Ces expressions n'ont pas la même précision que celles qui désignent les deux causes précédentes admises par l'article 231. Mais d'abord leur rapprochement de celles d'*excès* et de *sévices* indique qu'elles sont au moral ce que les autres sont au physique. Les premières sont, si l'on peut ainsi parler, la violence des corps, et les secondes la violence des sentiments. Ensuite, la nature de l'action intentée, son importance morale et civile, la sevérité même de la loi dans son accueil au divorce, avertissent assez du véritable sens attaché à ces expressions (1).

(1) Discours du Tribun Savoye Rollin.

» La loi parle non de quelques paroles dures échappées dans des instants d'humeur ou de mécontentement, mais d'injures portant un grand caractère de gravité (1). »

L'expression *injure grave* a été empruntée de la loi du 20 septembre 1792.

Nous ajouterons avec Locré que cette expression « en excluant d'un côté les injures légères, comprend de l'autre toutes celles que peuvent affecter avec raison un cœur sensible et honnête ; soit que, comme la diffamation publique, elles aient toute la cité pour témoin, soit que l'outrage n'ait été connu que d'un petit nombre de personnes.

Au reste, comme le font observer tous les auteurs, pour apprécier la gravité des injures, il faut se fixer sur les circonstances, rechercher l'intention, considérer surtout la qualité des personnes.

Des paroles grossières proférées dans certaines classes d'individus ne sont que le langage ordinaire, et ne caractérisent pas une injure grave parce qu'aucune intention coupable ne les a dictées.

Elles seraient, au contraire, des plus outrageantes entre des personnes d'une classe plus élevée, d'une éducation plus soignée, dont elles blesseraient les sentiments et attaqueraient l'honneur. C'est au magistrat à saisir ces nuances pour ne pas s'égarer dans l'application de la loi.

1368. Nous avons cru utile de retracer, d'après les discussions préparatoires de la loi, les principaux caractères des causes de divorce ou de séparation de corps, exprimées dans l'article 231 du Code Napoléon :

Les *excès* qui mettent la vie en danger.

Les *sévices*, mauvais traitements physiques qui troublent le repos domestique et peuvent même compromettre celui la société.

Les *injures graves*, mauvais traitements moraux qui ren-

(1) Esprit du Code Napoléon sur l'art. 231.

dent insupportable la vie commune et qui souvent portent atteinte à l'honneur.

De ces trois causes la première est la plus décisive. Lorsqu'elle est prouvée, le magistrat ne doit pas hésiter à ordonner la séparation de corps.

Les deux autres sont moins déterminantes ; leur influence dépend de leur intensité, de la qualité des personnes, de l'éducation qu'elles ont reçue, de la condition sociale où elles sont placées. C'est dans l'appréciation de ces circonstance que le magistrat réfléchi trouve les règles de sa décision.

Il serait superflu de citer des exemples. Car les faits varient comme les rapports des époux entr'eux et avec les personnes qui les entourent. Ils présentent autant de combinaisons diverses qu'il peut en résulter de la différence des caractères, des positions, des caprices même.

1369. Seulement nous ferons observer que lors même que les sévices, les injures graves seraient moins l'œuvre de l'époux que celle d'autres personnes qui habiteraient dans la maison commune ou qui y seraient reçues, celles des domestiques, par exemple, ces sévices, ces injures graves autorisées ou tolérées par l'autre époux, n'en devraient pas moins exciter contre celui-ci la sévérité des tribunaux et faire prononcer la séparation de corps. L'époux, qui tolère de tels actes, de tels outrages exercés contre son épouse, en sa présence, sous ses yeux, en est nécessairement le complice ou même l'agent secret ; il est même plus coupable que celui qui s'y livre personnellement, et les maux qu'ils causent à la victime lui sont plus sensibles ; elle se résigne plus difficilement à les souffrir.

La loi doit, dans ce cas, venir au secours de l'épouse opprimée, et, l'entourant d'une protection que son époux ne veut ou ne peut lui accorder, l'affranchir par la séparation de corps d'un joug qu'elle ne doit pas subir. C'est ce qu'a décidé en principe la Cour de cassation par arrêt du 19 avril

1825, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux (1).

1370. Nous ajouterons aussi que des provocations si elles avaient été vives, que la réciprocité des outrages si elle était établie, pourraient, selon les circonstances, faire rejeter l'action en séparation de corps.

Les provocations seraient une excuse, la réciprocité des outrages et des fautes présenterait une sorte de compensation qui ne permettrait pas aux tribunaux de prononcer une condamnation qui a quelque chose de flétrissant, contre un époux qui aurait été violemment excité ou qui aurait eu lui-même des torts sérieux à reprocher à l'autre époux.

C'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêts, notamment un arrêt de la Cour de Metz, du 7 mai 1807, sur la provocation ; un arrêt de la Cour de Toulouse, du 9 janvier 1824, qui décide que la mauvaise conduite de la femme, ayant provoqué les mauvais traitements exercés par le mari contre elle devait faire repousser sa demande ; un arrêt de la Cour d'Orléans qui avait dans les premiers temps de la promulgation du Code adopté la même doctrine et contre lequel la femme s'était pourvue. Mais son pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation, le 14 prairial an 13 (2).

1371. Mais si la demande en séparation de corps est fondée sur l'adultère, la réciprocité du crime n'affaiblirait pas le motif. Il serait très-immoral d'admettre une telle compensation de désordres. Ce serait encourager les déréglements ; ce serait corrompre les mœurs de la société ; ce serait autoriser la femme à introduire impunément dans une famille des enfants étrangers. Aussi cette fin de non-

(1) D., t. 25. 1. 275.

(2) Voir l'arrêt de l'an 13 dans le Journal de Sirey, 7. 2. 908, et dans celui de Denev., 3. 1. 511, et les autres arrêts dans les mêmes Recueils.

Voir aussi sur cette question Favard, v° *Séparation entre époux*, section 2, art. 2, n° 6 ; Merlin, Question de droit, v° *Adultère*, § 8, n° 2 ; Vazeilles, t. 2, n° 536 ; Duranton, t. 2, n° 574. — *Contrà*, Chardon, du *Dol*.

recevoir fut-elle repoussée par le Conseil d'État, et la Cour de cassation s'est conformée à cette doctrine par arrêt du 9 mai 1821 (1).

Il est à remarquer, au reste, que quelle que soit la décision des Cours royales sur les demandes en séparation de corps, comme elles prononcent sur des points de faits plutôt que sur des points de droit, les pourvois sont sans effet. La Cour de cassation les rejette, les questions de fait n'étant pas de son domaine.

1372. Cette Cour a cependant décidé en droit par un arrêt qu'a rendu la section civile, le 16 février 1808, que la communication du mal vénérien ne pouvait pas être une cause de séparation de corps à moins qu'elle n'eût été accompagnée de circonstances aggravantes. Mais dans cette espèce un point de droit se présentait, et il était assez difficile, abstraction faite de toutes circonstances, de ranger dans la classe des sévices une telle communication qui, quelque affligeante qu'elle fût, pouvait n'être que l'effet de l'imprudence et de l'ignorance de l'époux sur sa position.

La Cour de Lyon depuis par arrêt du 4 avril 1819, et antérieurement celle de Besançon par arrêt du 1er février 1806, ont jugé que la communication du mal vénérien, réunie à d'autres moyens, devait autoriser la séparation de corps.

La Cour de Toulouse a bien posé en principe, par arrêt du 30 janvier 1821, qu'un tel mal communiqué à une jeune épouse dans les premiers mois du mariage pouvait être considéré comme un sévice ou une injure grave autorisant la demande en séparation de corps; mais d'autres outrages étaient établis et servirent aussi de motifs à l'arrêt. Il est douteux que le premier moyen isolé eût paru suffisant (2).

(1) V. l'Esprit du Code Napoléon sur l'art. 272, et l'arrêt cité dans le Journal de Dalloz, t. 21. 1. 401.

(2) Voir sur cette question, Pothier, du *Mariage*, n° 514; Merlin, Répertoire; Duranton, t. 2, p. 289, et les arrêts cités dans les Recueils

§ III.

De la condamnation à une peine infamante.

SOMMAIRE.

1373. *De la condamnation à une peine infamante. — Source de cette cause.*
1374. *Quelles sont les peines infamantes ?*
1375. Quid *si le condamné est contumace et que la peine n'entraîne pas la mort civile ?*
1376. *C'est la peine prononcée non le crime qui autorise la séparation.*
1377. *La commutation ne détruit pas le droit.*
1378. *La réhabilitation le fait disparaître.*
1379. Quid *d'une condamnation antérieure au mariage ?*
1380. *D'autres causes de séparation peuvent-elles être admises si elles ne rentrent pas dans celles fixées par la loi ?*

1373. La condamnation de l'un des époux à une peine infamante est pour l'autre époux une cause de séparation de corps. L'article 232 le déclare positivement.

La loi du 20 septembre 1792 autorisait la demande en divorce contre l'époux condamné à une peine afflictive ou infamante.

Cette cause avait été empruntée des lois romaines... *Si maritum suum... homicidum... aut veneficum... vel falsitatis crimine condemnatum invenerit.* L. 8, § 3, *Cod. de repud.*

La Commission du projet du Code l'avait retranchée.

La Cour de cassation et les Cours d'appel de Douai, Lyon, Orléans, Rennes et Paris en réclamèrent l'insertion.

Néanmoins, la Section ne l'avait pas d'abord admise, et elle fut proposée au Conseil d'État.

Depuis, tous les projets la continrent.

Mais la rédaction varia. Tantôt, elle ne parlait que d'une

de Sirey et de Denevers ou Dalloz ; savoir, dans celui de Sirey, t. 8. 1. 179 ; t. 6. 2. 401 ; t. 19. 2. 131 ; t. 21. 2. 344, et dans celui des autres arrêtistes, t. 6. 1. 137 ; t. 18. 2. 37 ; t. 20. 2. 56.

peine afflictive, tantôt d'une peine infamante, tantôt de celle qui était tout à la fois afflictive et infamante.

La discussion fit connaître que dans l'intention du Conseil d'Etat, c'était seulement aux peines infamantes que devait être attachée la cause de divorce ou de séparation.

A cette époque, d'après l'article 604 du Code des délits et des peines qui était en vigueur, toute peine afflictive était aussi infamante.

Mais la législation pouvait varier, et le conseil ne voulant s'arrêter qu'à l'infamie de la peine réduisit l'expression à la condamnation à une *peine infamante*.

1374. Sous notre Code pénal actuel toutes les peines afflictives sont infamantes, et de plus il y a deux peines qui sont infamantes sans êtres afflictives, savoir : Le bannissement et la dégradation civique. (Art. 7 et 8 du Code pénal.)

Le sentiment de l'honneur est trop vif en France pour que cette cause ne fût pas admise. Forcer une épouse honnête à vivre avec un être flétri par la justice, et déclaré infâme, c'est la livrer à un supplice sans cesse renouvelé. C'est faire subir à l'innocence la peine du crime.

Il est cependant des cas où l'infamie attachée à la condamnation n'atteint pas le condamné aux yeux de l'opinion. Celui par exemple où un moment de violence et d'égarement a fait commettre un crime. Le coupable que déchire le remords n'en doit pas moins être condamné. Mais il excite la pitié, et l'opinion ne le dégrade pas. Qu'alors son épouse respecte leur union, et le console dans sa misère, elle remplit un devoir, et elle trouve dans sa conscience même la récompense de son vertueux dévouement.

Mais la loi ne peut lui imposer cette abnégation. Car elle est une; et quelle que soit la cause de la condamnation à la peine infamante, elle autorise l'épouse du condamné à demander la séparation de corps,

Mais pour que la condamnation à une peine infamante

autorise la demande en séparation, il faut qu'elle soit définitive et irrévocable.

1375. Si le condamné est contumace et que la condamnation ne soit pas de nature à emporter la mort civile du condamné après cinq années depuis l'exécution par effigie, le jugement de condamnation ne devient irrévocable que par la prescription de vingt ans (Code d'instruction criminelle, art. 635). Jusques-là le jugement de condamnation n'est que provisoire, et il ne peut servir de base à un jugement définitif de séparation de corps (Cour de cassat., arrêt du 17 juin 1813, D., 11. 1. 374; S., 13. 1. 293).

1376. Ce n'est que la peine effectivement prononcée et non celle qu'aurait entraînée le fait d'accusation qualifié par elle de crime, qui autorise la demande en séparation. Si à raison des circonstances atténuantes la condamnation s'est réduite à une peine correctionnelle, la séparation de corps ne peut être demandée (Paris, 16 juillet 1839, S., 40. 2. 107; D., 39. 2. 245).

1377. Mais s'il y a eu condamnation à une peine infamante, la commutation à une peine seulement correctionnelle ne prive pas l'autre époux du droit de demander la séparation; car la commutation ne détruit pas la condamnation; elle ne fait qu'adoucir ou remettre la peine en faveur du condamné, mais en respectant les droits d'autrui.

1378. S'il y avait eu réhabilitation, non-seulement la peine serait éteinte mais même la condamnation serait effacée au moins pour l'avenir; tous les effets de cette condamnation auraient disparu avec elle; l'infamie n'existerait plus légalement; elle ne pourrait donc servir de base à une demande en séparation de corps (Code d'instruction criminelle, art. 633; Duranton, t. 2, p. 567).

1379. Que doit-on décider relativement à une condamnation prononcée avant le mariage?

Les auteurs sont divisés sur la question. Zachariæ, Toullier, Proudhon, Favard refusent l'action en séparation au

conjoint qui a même ignoré la condamnation à une peine infamante. Massol, Duranton, Dalloz aîné la lui accordent (1).

Ceux qui dénient l'action se fondent sur les termes de l'art. 232 qui ne paraît s'appliquer qu'à une condamnation postérieure au mariage.

Ceux qui l'admettent ne voient rien qui s'y oppose dans l'art. 232. Ils disent que les motifs qui ont dicté la règle s'appliquent à l'un des cas comme à l'autre ; qu'il serait injuste et cruel de condamner un époux innocent à traîner son existence avec un infâme; que le dol même de celui-ci, qui a caché sa condamnation, le rend plus coupable encore; qu'enfin on pourrait aller jusqu'à attaquer le mariage de nullité comme étant l'effet d'une affligeante erreur sur la qualité de l'époux condamné ; qu'à plus forte raison cette funeste erreur, œuvre d'une criminelle déception, doit autoriser l'action en séparation.

Cette dernière opinion est protégée par l'équité, et le texte de la loi ne la repousse pas directement. Elle doit donc être adoptée.

Nous avons parcouru les causes déterminées par la loi pour autoriser la séparation de corps.

1380. Il en est quelques autres que certains auteurs signalent ou que des arrêts ont admises.

Mais ces causes ne sont réellement que des modifications de celles exprimées dans la loi.

C'est ainsi qu'un arrêt rendu par la Cour de Riom, le 9 avril 1819, a ordonné la séparation de corps demandée par une épouse mariée en 1783, dont le mariage n'avait été suivi que d'une cohabitation de six mois, et n'avait pas même été consommé pendant ce temps de l'aveu du mari lui-même ; que la conduite injurieuse du mari avait éloignée

(1) Zachariæ, t. 3 ; S., 491, note 16 ; Toullier, t. 2, n° 673 ; Proudhon, des *Personnes*, t. 1, p. 29 : Favard, Répertoire, *verbo Séparation entre époux*, sect. 2, § 1, n° 3 ; Massol, *Séparation de corps*, p. 33. n° 5 ; Duranton, t. 2, n° 562 ; Dalloz aîné, t. 11, p. 895, n° 15.

du domicile conjugal, sans que le mari eût depuis cette époque fait aucune demarche pour l'y faire rentrer, à laquelle celui-ci avait même fait la réponse la plus dérisoire et la plus outrageante sur une sommation de la recevoir qu'elle lui avait fait signifier en 1803, qui voyait son mari vivre dans un état habituel de concubinage avec une fille de son voisinage, qui était même privée de son trousseau et de sa dot retenus par le mari, celui-ci lui ayant même offert de lui restituer le trousseau et de lui payer les intérêts de sa dot pour continuer de vivre en état de séparation.

La Cour de Riom pensa qu'il résultait de tous ces faits « que depuis l'époque de son mariage le mari avait témoi-
» gné à son épouse l'indifférence la plus injurieuse pour ne
» pas dire l'aversion la plus insurmontable ; que dès-lors il
» s'était rendu coupable de l'injure la plus grave qui de-
» vait suffire pour faire prononcer une séparation qui du-
» rait déjà de fait depuis plus de 32 ans (1). »

C'est aussi dans le même sens qu'un arrêt rendu le 8 avril 1824 par la Cour de Rouen, a jugé qu'on doit ranger dans la classe des sévices et injures graves le fait d'avoir porté atteinte à la liberté individuelle d'une épouse et de l'avoir fait enfermer, sous prétexte de débauches, en vertu d'un ordre surpris à l'autorité administrative, dans une maison de refuge destinée à des femmes condamnées et à des filles publiques (2).

De même la Cour d'Angers, par arrêt du 8 avril 1829, a considéré comme une injure grave le refus persistant d'un mari de recevoir sa femme dans le domicile conjugal qu'elle avait abandonné volontairement pendant plusieurs années.

Mais un simple abandon dégagé de toute circonstance constitutive d'excès, sévices ou injures, ne serait pas un

(1) V. cet arrêt dans le Journal des Audiences de la Cour de Riom, 1818 et 1819, p. 423.

(2) V. cet arrêt dans la Jurisprudence de Dalloz aîné, t. 11, p. 887, n. 55.

motif suffisant de séparation de corps (Arrêt de la Cour de Rouen du 16 juillet 1828 (1).

On doit donc reconnaître que les seules causes désignées dans les art. 229, 230, 231 et 232 peuvent servir de base à une demande en séparation de corps, et qu'on doit repousser toutes causes qui ne pourraient pas être rangées dans la classe de l'une de celles exprimées par la loi.

Section II.

Des fins de non-recevoir contre la demande en séparation de corps.

SOMMAIRE.

1381. *Les fins de non-recevoir relatives au divorce s'appliquent à la séparation.*
1382. *La loi ne reconnaît que la réconciliation comme fin de non-recevoir.*
1383. *Elle ne s'applique pas à la demande fondée sur la condamnation à une peine infamante.*
1384. *La provocation et la compensation sont des excuses plutôt que des fins de non-recevoir.*
1385. Quid *du défaut de résidence de la femme dans le lieu qui lui a été fixé?*
1386. *Des faits de réconciliation et de leur appréciation.*
1387. *La réconciliation détruit même le jugement de séparation.*
1388. *Mais de nouveaux faits l'effacent et autorisent une nouvelle action fondée aussi sur les anciens faits.*
1389. *Peut-on dans une nouvelle demande invoquer d'anciens faits, lorsque la première action avait été déclarée mal fondée?*
1390. *Toute séparation volontaire est nulle.*
1391. *Est nulle aussi la convention de ne jamais demander de sépation.*

1381. La loi n'a pas établi contre la séparation de corps des fins de non recevoir spéciales. Mais les termes mêmes de

(1) V. cet arrêt et le précédent dans le Journal de Dalloz j°, t. 29. 2. 113, et t. 30. 2. 102.

l'article 306 du Code civil autorisent à appliquer à cette action les exceptions relatives à la demande en divorce. L'article 306 ne permet, en effet, de former une demande en séparation de corps que dans *le cas où il y a lieu* à demander le divorce.

Or, il n'y aurait pas lieu à demander le divorce si des fins de non recevoir repoussaient cette demande. D'où l'on peut conclure que dans les mêmes circonstances l'action en séparation de corps doit aussi être écartée.

Au reste, l'article 878 du Code de procédure lèverait, au besoin, toute incertitude. Car cet article exige que la demande en séparation soit précédée d'une tentative de rapprochement faite devant le président du tribunal. C'est un moyen de réconciliation employé par le premier des magistrats qui devrait juger la demande si elle était poursuivie. Ce moyen, s'il réussit et si la réconciliation est constatée par le procès-verbal que dresse le président, opère évidemment une fin de non recevoir contre l'action qui serait ultérieurement intentée sans que de nouveaux faits l'autorisassent; et si la réconciliation opérée par l'intermédiaire du magistrat s'oppose à l'action, pourquoi celle qui aurait lieu sans ce concours, spontanément ne produirait-elle pas le même effet?

Mais quelles sont les fins de non-recevoir qui doivent être admises?

1382. La loi n'en reconnaît qu'une qui est écrite dans l'article 272 ainsi conçu :

« L'action en séparation de corps sera éteinte par la » réconciliation des époux, survenue soit depuis les faits » qui auraient pu autoriser cette action soit depuis la de- » mande (1). » Art. 272.

Nota. — Nous avons substitué dans l'article les mots *Séparation de corps* au mot *Divorce*.

(1) La fin de non-recevoir résultant de la réconciliation et son extinction sont admises, comme dans les art. 172 et 173, par le Code sicilien, art. 223, 225; par celui de la Louisiane, art. 149, 150; par le Code hollandais, art. 303; par le Code bavarois, art. 42.

Les motifs qui ont fait admettre la réconciliation comme fin de non-recevoir contre le divorce doivent aussi s'appliquer à la séparation de corps. L'existence de la cause qui autorise la demande place les époux dans une situation fâcheuse, et l'on ne peut les y laisser. La séparation de corps doit donc être admise.

Mais si cette situation cesse, la séparation n'est plus nécessaire ; elle ne doit donc pas être ordonnée.

Or, ce changement de situation ne peut s'opérer que par la réconciliation, par le pardon que l'époux offensé accorde à l'époux coupable qui se répent, et dont une bonne conduite éprouvée rachète les fautes.

La réconciliation se signale par le rapprochement des époux. Ce rapprochement annonce l'oubli de l'offense, et doit donc faire tomber l'action en séparation de corps, lorsqu'elle est fondée sur l'adultère, les excès, sévices ou injures graves qui ont outragé les affections de l'un des époux ou qui ont compromis sa vie, son repos ou son honneur.

1383 Mais cette fin de non-recevoir ne peut s'appliquer à une demande en séparation dont la cause est une condamnation à une peine infamante. Car cette cause a son origine dans une offense à la société plutôt que dans une offense à la personne de l'époux. Les soins même que l'époux du condamné aurait eus pour lui depuis le jugement, les marques d'intérêt ou d'affection qu'il lui aurait donnés pourraient être l'effet de la pitié, ou avoir été dictés par des principes religieux ou par un reste d'attachement ou par un sentiment exagéré peut-être des devoirs des époux. Ces motifs seraient louables sans doute ; mais le coupable ne serait pas admis à s'en faire une arme pour écarter la demande en séparation et pour punir un époux innocent de son imprudente générosité en le forçant d'associer à jamais son sort à un être dégradé et flétri.

Aussi l'article 261 du Code civil, qui doit s'appliquer à

la séparation de corps comme tous les autres principes généraux relatifs aux causes du divorce, décide-t-il que la demande fondée sur la condamnation à une peine infamante, sera accueillie sans autres formalités que le rapport de l'*expédition en bonne forme du jugement de condamnation avec un certificat de la Cour d'assises, portant que ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale.*

Cette absence de toute autre instruction que la preuve légale d'une condamnation définitive doit évidemment s'appliquer à la séparation de corps comme au divorce, puisque les mêmes causes sont déclarées communes aux deux actions par l'article 306 du Code; et comme la loi veut que la séparation soit prononcée sur le vu de la seule pièce qu'elle indique, il est clair qu'elle ne permet pas qu'on se livre à des discussions sur des faits de réconciliation, et qu'on recherche par des interlocutoires et des preuves testimoniales la vérité et la nature des faits allégués.

D'ailleurs, la permanence de l'infamie qui résulte de la condamnation est une cause incessante dont le renouvellement et la perpétuité suffiraient seuls pour faire rejeter comme fin de non-recevoir une prétendue réconciliation qui ne pourrait s'appliquer qu'au passé et non s'étendre à l'avenir.

1384. La réconciliation est la seule fin de non-recevoir reconnue expressément par la loi. La provocation, la compensation des torts, dont nous avons parlé sous le premier paragraphe en traitant des sévices et des injures graves, sont moins des fins de non recevoir que des motifs d'excuses, ou des considérations qui affaiblissent les torts du défendeur en séparation, qui diminuent l'intérêt qu'aurait pu inspirer le demandeur et qui le privant d'une protection qu'il n'a pas méritée, lui font refuser une séparation que sa position ne rend pas nécessaire, puisqu'il dépend de lui de l'améliorer en cessant de se livrer à des provocations ou aux outrages qu'il reproche à l'autre époux.

1385. Il est une autre fin de non-recevoir qui a été plusieurs fois proposée. On la faisait résulter contre la femme demanderesse en divorce ou en séparation de corps de ce qu'elle ne justifiait pas de sa résidence dans la maison que lui avait indiquée le président du tribunal, conformément aux dispositions de l'art. 878 du Code de procédure.

Mais cette fin de non-recevoir n'est écrite dans aucune loi. Aussi la jurisprudence ne l'a-t-elle pas admise. C'eût été créer une déchéance. La Cour de Bordeaux l'a refusée par deux arrêts, l'un du 13 brumaire an 14, l'autre du 6 janvier 1835, et le pourvoi contre le 1er arrêt fut rejeté par la Cour de cassation, le 13 brumaire an 14; les Cours de Turin et de Rennes ont adopté cette doctrine les 11 février 1811 et 26 décembre 1820.

Cependant, si l'inexécution de l'ordonnance du président, quant à la résidence qu'elle avait assignée à la femme, avait quelques inconvénients, le tribunal pourrait surseoir au jugement du fond jusqu'à ce que la femme justifiât de son obéissance.

1386. La loi n'a pas déterminé les caractères auxquels on peut reconnaître la réconciliation; elle s'en est rapportée, pour leur appréciation, à la sagesse des magistrats. Et ceux-ci ne doivent attribuer une telle influence qu'à des faits spontanés et positifs qui ne puissent pas recevoir une autre interprétation que l'intention de se rapprocher et d'effacer les causes d'une désunion momentanée; des faits vagues ou qui auraient été l'œuvre de la nécessité plutôt que celle d'une volonté parfaitement libre ne devraient pas être considérés comme caractérisant la réconciliation telle que l'entend la loi.

Ainsi la cohabitation forcée, c'est-à-dire celle à laquelle la femme se serait soumise en exécution d'un jugement qui l'aurait ordonnée depuis l'instance en séparation, la grossesse qui aurait suivi cette cohabitation, pourraient, suivant les circonstances, ne pas paraître des signes certains d'une ré-

conciliation réelle et libre, et ne pas opérer de fin de non-recevoir contre la demande en séparation. (Arrêt de la Cour de Nîmes du 25 février 1808.)

Il en serait autrement si la femme, après s'être retirée dans une habitation particulière avec l'autorisation du juge, s'était réunie à son mari, même momentanément, mais sans qu'aucune circonstance impérieuse l'y obligeât. Cette réunion quoique temporaire seulement, et la survenance d'un enfant pendant l'instance, opéreraient une fin de non-recevoir non équivoque et écarteraient la demande. (Arrêt de la Cour de Grenoble du 23 août 1822.)

1387. Nous ferons observer, au reste, que la réconciliation éteint non-seulement l'action intentée, mais même le jugement définitif qui aurait admis la demande. Car si la loi interdit les séparations volontaires, elle autorise, au contraire, et accueille avec faveur les réunions qui mettent un terme à ces affligeantes divisions domestiques par lesquelles sont presque rompu les nœuds respectables que la loi et la religion avaient formés. (Arrêt de la Cour de Paris du 16 avril 1807.)

1388. Mais le bénéfice de la réconciliation ne peut plus être invoqué par l'époux qui depuis s'est livré à de nouveaux outrages. Les faits postérieurs font même revivre les faits anciens, et soit que la première demande en séparation ait été annulée par la réconciliation, soit même qu'elle ait été rejetée par un jugement définitif, les derniers faits réunis aux premiers ont d'autant plus de force qu'ils justifient la première demande et qu'ils démontrent la nécessité d'une séparation en détruisant toute espérance d'un rapprochement heureux entre les époux.

1389. L'art. 273 prévoit la survenance de faits postérieurs au jugement qui, motivé sur une réconciliation qui avait précédé ou suivi l'instance en séparation, aurait rejeté une première demande.

« Dans l'un et l'autre cas, dit cet article, le demandeur Art. 273

sera déclaré non-recevable dans son action. Il pourra, néanmoins, en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande. »

Le texte de l'article est formel pour le cas où le rejet de la première demande a éte motivé sur la réconciliation des époux ; et cet article a été appliqué en ce sens par un assez grand nombre d'arrêts parmi lesquels on remarque un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1808. C'est un arrêt de rejet.

Mais la Cour de Paris, par décision du 28 janvier 1822, a étendu ce principe au cas où la première demande avait été déclaré mal fondée, les faits allégués n'ayant pas paru assez graves ou suffisamment justifiés.

Cette doctrine de la Cour de Paris paraît exacte. Le rejet d'une première demande en séparation peut tenir non-seulement à l'insuffisance des preuves, mais encore à des considérations tirées de la position des époux, de l'intérêt des enfants, de l'espoir de plus d'harmonie à l'avenir.

Ces considérations s'affaiblissent et même disparaissent complètement si de nouveaux faits ont provoqué une nouvelle demande.

Pourquoi refuserait-on alors à la victime la faculté de rappeler d'anciens faits d'outrages ou de violence, de les ajouter aux nouveaux, de dérouler ainsi une vie entière de vexations et d'infortunes, et de prouver par la continuité de ses maux qu'une plus longue cohabitation est impossible.

1390. Les règles sur les séparations de corps tiennent à l'ordre public. C'est pourquoi la loi déclare, dans l'art. 307, qu'*elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux*.

Ainsi sont nulles aux yeux de la loi les conventions par lesquelles deux époux arrêtent que chacun d'eux jouira de telle portion de la fortune commune, qui lui est assignée par cette espèce de traité.

Mais une telle convention, faite pour éviter l'éclat d'une séparation judiciaire, ne peut être assimilée à une réconciliation. On devrait plutôt en tirer une conséquence toute contraire. (Arrêts de la Cour de Caen du 8 décembre 1831 ; autre de la même Cour du 14 novembre 1825.)

1391. Si une séparation volontaire est prohibée, on ne doit pas considérer comme plus légale la convention par laquelle deux époux s'engageraient à ne pas se pourvoir en séparation. Une telle convention serait une aliénation de la liberté naturelle et du droit que l'ordre social donne à tous ses membres de se soustraire par les voies légales à des mauvais traitements, à des outrages, en un mot à tout ce qui peut porter atteinte à la vie, à la sûreté individuelle ou à l'honneur.

La durée du mariage ou l'âge de l'épouse ne sont pas un obstacle à la demande en séparation.

L'art. 277 du Code civil interdit le divorce par consentement mutuel lorsque les époux sont mariés depuis 20 ans et que l'épouse en a 45 ; mais cet article est évidemment étranger aux séparations de corps pour lesquelles le consentement mutuel n'est pas admis.

Section III.

De la procédure en séparation de corps et des mesures provisoires à prendre.

SOMMAIRE.

1392. *Le Code de procédure détermine le mode des poursuites en séparation de corps.*
1393. *Division de la section.*

1392. C'est l'autorité publique qui, par l'organe de l'officier de l'Etat civil, forme les engagements du mariage,

parce que ces engagements tiennent à l'état des personnes, et par conséquent à l'ordre social.

De là ce principe admis de tous temps que ces engagements ne peuvent être suspendus par une simple convention quelle qu'en soit l'authenticité, et que l'intervention de l'autorité publique est nécessaire pour en affranchir les époux même temporairement.

Mais comment devait être réglée la procédure à suivre pour opérer le relâchement des obligations respectives des époux ?

Le Code civil avait déterminé avec détail le mode de procédure à employer pour leur dissolution absolue, c'est-à-dire pour arriver au divorce.

Quant à la séparation de corps il s'était borné à dire qu'elle serait instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile. (Code civil, art. 307.)

Cependant l'importance de l'action et de ses conséquences commandait quelques règles particulières qui n'en livrassent pas le sort à la marche commune de la procédure.

Elle exigeait la surveillance du ministère public;

Elle prescrivait aussi de déterminer la position respective des époux pendant l'instruction de la cause.

Le Code Napoléon ne s'était pas occupé de ces détails.

Le Code de procédure a rempli la lacune.

1393. C'est donc en combinant les deux lois que nous aurons à examiner, d'abord la procédure à tenir et le mode d'instruction à employer, ensuite les mesures provisoires à prendre.

---

§ Ier.

De la procédure en séparation de corps.

SOMMAIRE.

1394. *L'autorité de la justice est nécessaire pour opérer la séparation de corps.*

1395. *Requête à présenter au président, contenant l'exposé sommaire des faits.*
1396. *Comparution des parties devant lui. — Il tente de les concilier.*
1397. *S'il n'y parvient pas qu'ordonne-t-il ?*
1398. *Motifs et sagesse de ces prescriptions préalables.*
1399. *Au président de quel tribunal s'adresse-t-on ?*
1400. *But de l'exposé des faits dans la requête.*
1401. *Mais le demandeur qui en a omis peut ensuite les présenter même sur l'appel.—Arrêts sur la question.*
1402. *La comparution devant le président doit être personnelle et sans assistance.*
1403. Quid *si l'un des époux ne comparaît pas ?*
1404. *La tentative de conciliation devant le juge de paix n'est pas prescrite.—Erreur de ponctuation dans la loi.*
1405. *L'autorisation donnée à la femme par le président suffit même pour la femme mineure.*
1406. Quid *si la femme est interdite ?*
1407. *La demande peut-elle être jugée en audience ordinaire ?—Controverse terminée par une ordonnance royale.*
1408. *De la preuve des faits assignés par le demandemr et de la réconciliation opposée par le défendeur.*
1409. *Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques peuvent être témoins. —Mais restriction quant à la confiance dans leurs dépositions.*
1410. Quid *des donataires de l'un des époux ?*
1411. *Les témoins doivent-ils être indiqués dans le jugement interlocutoire ?*
1412. *La preuve des causes alléguées est nécessaire. —L'aveu du défendeur ne suffirait pas.*
1413. *Peut-il être sursis à prononcer la séparation pendant un temps d'épreuve ?*
1414. *En la rejetant peut-il être sursis à l'exécution du jugement ?*
1415. *La séparation de corps emporte celle de biens.*

1394. Nous l'avons déjà dit, la seule disposition du Code civil, relative à la procédure à tenir pour faire prononcer la séparation de corps, est écrite dans l'art. 307 dont nous venons de rappeler les termes.

Mais cet article, en déclarant que la séparation de corps serait instruite et jugée comme toute autre action civile,

Ces motifs démontrent le but et la sagesse des formalités prescrites.

Parcourons-les dans leur ordre.

1399. Une requête doit être présentée au président du tribunal du domicile de l'époux demandeur, et dans cette requête doivent être exposés sommairement les faits sur lesquels la demande est fondée.

Le domicile indiqué est le domicile conjugal, celui du mari. Car la femme ne peut en avoir d'autre devant la loi, quel que soit, d'ailleurs, le lieu de sa résidence. (Code civil, article 106.)

En sorte que si, avant la présentation de la requête de la femme, le mari avait changé de domicile, quelque récent que fût ce changement, ce serait au président du tribunal de ce nouveau domicile que la requête en séparation devrait être présentée. C'est aussi ce qu'a jugé la Cour de Colmar, par arrêt du 12 décembre 1816. (D., 17. 2. 45.)

Mais la requête est le principe de l'instance ; elle saisit le tribunal au président duquel elle a été présentée si au moment de la présentation le domicile conjugal était dans le ressort de ce tribunal ; et tout changement ultérieur de domicile par le mari ne pourrait l'autoriser à demander le renvoi de la cause devant les juges de ce nouveau domicile, surtout lorsque sur la requête est intervenue une ordonnance du président qui fixe la demeure de la femme dans le ressort du tribunal qu'il préside. (Arrêt du 27 juillet 1825, Cour de cassation, Règlement de juges ; S., 25. 1. 251 ; D., 25. 1. 382.)

1400. La requête doit contenir sommairement les faits. Cette prescription a un double but : celui de faire connaître au défendeur les torts qu'on lui reproche, et celui de faire apprécier au président la gravité des causes qui servent de base à la demande, et de faciliter ainsi au premier les moyens de s'expliquer sur les reproches qui lui sont adressés, au second ses tentatives de conciliation.

1401. Mais l'omission de certains faits, le défaut de dé-

tail de ceux-là même qui sont énoncés ne priveraient pas le demandeur du droit de faire usage, soit dans une requête supplétive, soit dans des conclusions signifiées, des faits qu'il aurait d'abord négligés, ni de celui de donner plus de développement à ceux déjà exposés.

Pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que l'article ne prononce pas de déchéance quant aux faits omis.

Il serait, d'ailleurs, trop rigoureux de punir ainsi une simple omission occasionnée peut-être par l'ignorance, peut-être aussi par un sentiment de générosité pour ne pas trop flétrir l'époux coupable, et parce que les autres faits avaient paru suffisants pour obtenir la séparation.

C'est, au reste, dans ce sens que la question a été jugée par plusieurs Cours royales. (Arrêt de la Cour de Paris, du 28 juillet 1809; autre de la Cour de Nancy, du 8 mars 1832; autre de la Cour de Poitiers, du 15 janvier 1817; autre de la Cour de Besançon, du 9 avril 1808; un second arrêt de la Cour de Paris, du 7 août 1810; un arrêt de la Cour de Metz, du 8 juillet 1822, s'appliquant, il est vrai, à des faits non connus au moment de la demande.)

Un arrêt de la Cour de Bordeaux a décidé qu'on pouvait, même sur l'appel d'un jugement qui avait rejeté la demande en séparation, ajouter de nouveaux faits et developper les anciens. L'arrêt est du 29 décembre 1829. (Le voir dans le Recueil de Dalloz, t. 31. 2. 80.)

Les Cours de Poitiers et de Dijon ont aussi jugé, les 18 février 1825 et 11 février 1819, qu'on pouvait, sur l'appel du jugement qui avait rejeté la demande, à cause de l'insuffisance des faits articulés, en invoquer de nouveaux postérieurs même au jugement. (D., 20. 2. 26, et 27. 2. 26.)

Mais si des enquêtes avaient été faites et n'avaient pas été probantes, on ne pourrait pas sur l'appel articuler de nouveaux faits et en offrir la preuve. Les règles de la procédure s'y opposeraient. Il n'est pas permis de faire enquête sur enquête. (Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 frimaire

an 11 ; arrêt de la Cour de Paris, du 23 avril 1806. (D., t. 6. 2. 187 et 188.)

1402. Sur la requête qui lui est présentée, le président rend une ordonnance qui ordonne la comparution devant lui des deux époux en personne, à un jour et à une heure qu'il fixe.

La loi exige leur comparution personnelle et ne permet pas qu'ils soient assistés de conseils. Nous avons transcrit ci-dessus les motifs qui ont fait refuser cette assistance. Quelque désintéressés et quelque conciliateurs que fussent des conseils, leur zèle pour leurs clients pourrait égarer leurs bonnes dispositions. Des luttes d'amour-propre pourraient aussi s'élever entr'eux et paralyser les exhortations pacifiques du magistrat. Il est plus convenable, d'ailleurs, que les plaintes, les reproches des époux n'aient pas de témoins étrangers et qu'ils ne soient confiés qu'à la sagesse et à la discrétion du juge supérieur auquel la loi donne la mission honorable de faire cesser les discordes des époux.

Pour remplir ce but la comparution personnelle de ceux-ci est indispensable.

1403. Mais si l'époux défendeur ne comparaît pas quel moyen aura-t-on pour le contraindre ?

La loi n'en fournit pas; elle ne prononce, d'ailleurs, contre lui aucune peine.

Dans un tel cas le président aurait à examiner si des causes légitimes mais seulement temporaires, auraient empêché la comparution ; alors il devrait, il semble, renvoyer à un autre jour la tentative de conciliation, et ordonner une réassignation.

Si, au contraire, aucune circonstance impérieuse ne s'était opposée à ce que le défendeur se présentât, le président devrait donner défaut contre lui et renvoyer le demandeur à se pourvoir devant le tribunal ; car le refus de comparaître de la part du défendeur ne peut paralyser l'action en séparation de corps. (Arrêt du 28 mai 1828, Cour cassat. ; D., t. 28. 1. 258.)

Quant au demandeur, s'il ne comparaissait pas, il serait censé avoir renoncé à son action.

Si les deux époux comparaissent, le président use de toute l'influence que lui donnent sa haute position sociale et sa considération personnelle, pour opérer entr'eux un heureux rapprochement.

Mais si malgré ses efforts il ne peut y réussir, il doit les renvoyer à se pourvoir, autoriser la femme à procéder dans l'instance, déterminer, soit d'après le choix des deux époux soit d'office, le lieu où la femme pourra se retirer pendant l'instruction, et ordonner que les linges et effets à son usage personnel lui seront rendus.

1404. L'art. 878 qui contient ces dispositions a donné lieu à deux difficultés :

L'une relative à une nouvelle tentative de conciliation devant le juge de paix ;

L'autre ayant pour objet l'autorisation de la femme.

La première résultait d'une erreur de ponctuation. L'article 878 dit que le président, s'il ne peut rapprocher les époux, *les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable au bureau de conciliation.*

Ce membre de phrase avait été mal ponctué ; l'on avait placé une virgule après le mot *préalable*, ce qui faisait supposer que les époux étaient *renvoyés au bureau de conciliation* sans citation préalable ; en sorte qu'on considérait comme exigé le préliminaire de la conciliation devant le juge de paix, et que seulement on était dispensé de la citation pour y comparaître.

Cette interprétation était peu rationnelle ; elle choquait la raison ; elle blessait l'esprit de la loi.

Elle choquait la raison en ce que, pour toute comparution devant un magistrat, il est indispensable qu'une citation préalable fasse connaître le jour où l'on doit comparaître.

Elle blessait l'esprit de la loi dont les motifs, que nous

avons ci-dessus rapportés, nous apprennent que, à cause de l'importance et de la nature de la contestation, le législateur avait voulu confier la tentative de conciliation à un magistrat d'un rang plus élevé et d'une considération plus influente qu'un simple juge de paix. Il eût été, d'ailleurs, aussi inutile que peu séant d'ordonner le renouvellement devant un juge de paix, d'une tentative de conciliation dans laquelle aurait échoué le président du tribunal.

Aussi un examen plus attentif a-t-il fait reconnaître l'erreur; et la Cour de cassation elle-même a-t-elle déclaré que la tentative de conciliation devant le juge de paix était évidemment remplacée, pour les demandes en séparation de corps, par la comparution devant le président. (Arrêt du 17 janvier 1822; D., 22. 1. 128.)

1405. Quant à l'autorisation de la femme, il est clair que celle qui lui est donnée par le président, conformément à l'art. 878 du Code de procédure, *pour* procéder sur la demande, remplace suffisamment celle du mari exigée dans les cas ordinaires. C'est ce qu'ont jugé plusieurs Cours, notamment celle de Poitiers, par arrêt du 2 prairial an 12; celle de Bordeaux, par arrêt du 1er juillet 1806; celle de Douai, par arrêt du 24 juillet 1812.

La Cour d'Orléans a pensé que l'autorisation accordée à la femme devait, au moins, être expressément énoncée dans l'ordonnance du président. (Arrêt du 20 janvier 1809.)

Dans tous les cas, lors même que la femme n'aurait pas été autorisée dans le principe, l'autorisation donnée dans le cours de l'instance serait suffisante. (Arrêt de la Cour de cassation du 15 brumaire an 14.)

L'art. 878 du Code de procédure ne fait aucune distinction entre la femme majeure et la femme mineure d'où l'on doit conclure que celle-ci peut, comme celle-là, procéder valablement en justice sur la demande en séparation de corps, avec la seule autorisation du président.

1406. Ce même motif et la règle consignée dans l'art. 307

du Code civil qui veut que la demande en séparation de corps soit intentée de la même manière que toute autre action civile doivent aussi faire dire que le tuteur *ad hoc* d'une femme interdite, ou même le subrogé-tuteur ont qualité pour former en son nom une action en séparation de corps. C'est aussi ce qu'a jugé la Cour de Colmar, le 16 février 1832. (D., t. 33. 2. 130.)

1407. Nous avons dit avec l'art. 307 du Code civil et avec l'art 879 du Code de procédure, que ces sortes de causes devaient être non-seulement intentées mais encore instruites et jugées de la même manière que toute autre action civile.

Ces dispositions conformes de la loi civile et de la loi de procédure auraient dû, il semble, faire décider qu'on devait les juger en audience ordinaire et non en audience solennelle, chambres réunies.

Cependant la jurisprudence a été long-temps divisée sur cette question, et sous prétexte que les séparations de corps tenaient à l'ordre public et à l'état des personnes, plusieurs Cours royales, et la Cour de cassation elle-même, par quatre arrêts rendus les 27 décembre 1831, 15 janvier 1834, 4 et 18 mars 1835, avaient décidé que ces sortes de causes devaient être jugées en audience solennelle.

Une ordonnance royale, du 16 mai 1835, a fait cesser cette controverse en déclarant qu'à l'avenir elles seraient jugées en audience ordinaire (1).

1408. L'instruction de la demande en séparation exige que le demandeur fasse la preuve des faits sur lesquels elle est fondée; et cette preuve peut être faite tant par titres que par témoins comme dans les causes ordinaires où l'action a pour base des faits allégués.

De son côté, le défendeur est admissible à prouver par enquête contraire soit sa justification soit les faits de récon-

(1) V. l'ordonnance dans le Recueil de Sirey, t. 35. 2. 275, et dans celui de Dalloz, t. 35. 3. 60.

ciliation dont il argumente s'ils sont déniés. C'est ce que veut l'art. 274 qui se trouve, il est vrai, dans la loi sur le divorce, mais qui n'en est pas moins applicable aux séparation de corps comme beaucoup d'autres articles de cette loi.

Voici les termes de l'art. 274 :

Art. 274. « Si le demandeur en divorce (en séparation de corps) » nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera la » preuve soit par écrit, soit par témoins. »

Cependant après l'enquête faite, le défendeur qui n'a pas fait de contre-enquête ne serait pas admissible à invoquer des faits antérieurs de réconciliation, et à demander à les prouver par témoins. Les règles de la procédure s'y opposeraient, faute d'avoir fait sa contre-enquête dans le délai fixé par les articles 256 et suivants du Code de procédure, il est déchu du droit d'enquêter. (Arrêt de la Cour d'Aix, du 21 décembre 1831 ; D., 33. 2. 174.)

1409. On applique aux témoins, pour les séparations de corps, la règle écrite pour le divorce dans l'art. 251 du Code civil qui s'exprime ainsi :

Art. 251. « Les parents des parties, à l'exception de leurs enfants » ou descendants, ne sont pas reprochables du chef de la » parenté, non plus que les domestiques des époux en raison » de cette qualité ; mais le tribunal aura tel égard que de rai- » son aux dépositions des parents et des domestiques. »

Ces personnes peuvent être reprochées dans les affaires civiles, parce que leurs affections, leur intérêt ou leur état de sujétion les rend suspectes de partialité. (Code de procédure, art. 283.)

Mais elles sont des témoins nécessaires dans une séparation de corps ; car souvent elles connaissent seules les faits qui lui servent de base et qui se passent ordinairement dans l'intérieur des maisons.

Les loi romaines admettaient aussi les domestiques à déposer de ce qui s'était passé dans la maison. L. 8, § 6, ℣. *super plagis*, C. *de repudiis ;* Godef, *ad. nov.* 90.

Mais comme les motifs de suspicion subsistent il a été sage d'ajouter la règle qui laisse au tribunal la faculté de n'avoir que tel égard que de raison à leurs déclarations.

La Commission n'avait fait cette restriction qu'à l'égard des parents. Sur la demande de la Cour de cassation elle fut étendue aux domestiques. (V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 251.)

1410. Le même motif de nécessité doit faire aussi admettre comme témoins les donataires de l'un des époux. (Cour de cassation, arrêt du 8 juillet 1813 sur une action en divorce; D., t. 12. 1. 614.)

1411. L'art. 252 du Code, relatif à l'enquête faite en matière de divorce, voulait que le jugement qui ordonnerait une preuve testimoniale dénommât les témoins qui seraient entendus; et un arrêt rendu par la Cour de Paris, le 18 mai 1810, avait appliqué cette règle à une demande en séparation de corps.

Mais cet exemple n'a pas été suivi, et il ne devait pas l'être, car il était contraire à la disposition de l'art. 307 qui porte que la demande en séparation de corps sera *instruite* et jugée de la même manière que toute autre action civile, et qui s'en réfère, par conséquent, pour les formalités des enquêtes, aux seules prescriptions du Code de procédure civile.

1412. Pour que la séparation de corps soit prononcée, il est indispensable qu'il y ait preuve littérale ou testimoniale des causes sur lesquelles la demande est fondée. L'aveu du défendeur ne pourrait pas y suppléer, à moins que les circonstances n'en prouvassent la bonne foi.

Se contenter de cet aveu dans les cas ordinaires ce serait s'exposer à la collusion des parties, et autoriser indirectement les séparations de corps par consentement mutuel, quoique l'art. 307 s'y oppose formellement. (V. l'Esprit du Code sur cet article.)

L'aveu du défendeur était également rejeté dans l'ancien droit par application de la maxime *nemo auditur perire volens.*

413. Si les causes alléguées pour la séparation de corps sont justifiées, elle devra être prononcée immédiatement. La loi n'admet pas en cette matière le délai d'épreuve qu'elle autorisait pour les divorces par l'art. 259. (Arrêt du 21 février 1826, Cour de Rennes; autre du 2 août 1824, Cour de Corse.)

On conçoit facilement la raison de cette différence.

Par le divorce le mariage était dissous, et il n'était même plus permis aux époux de se réunir. Il était digne de la sagesse du législateur de fournir aux époux une dernière occasion de réconciliation, en retardant la rupture de l'union, d'une année pendant laquelle leur isolement pourrait amener chez l'un le repentir, chez l'autre le pardon.

Cette mesure bienveillante est inutile pour des séparations de corps qui laissent subsister le nœud de l'union tout en le relâchant, et que les époux peuvent faire cesser au moindre mouvement d'une volonté commune.

1414. Si les preuves ne paraissent pas suffisantes la demande en séparation de corps doit être rejetée. Cependant les tribunaux peuvent surseoir de quelque délai à l'exécution de leur décision qui oblige les époux à se réunir. Ils accorderont ce délai s'ils le jugent nécessaire pour calmer les passions et appaiser l'irritation respective.

1415. La séparation de corps emportera toujours séparation de biens (art. 311 du Code civil).

Mais comme elle ne dissout pas le mariage, elle laisse toujours subsister les devoirs respectifs des époux, autant que ces devoirs peuvent se concilier avec les effets de cette séparation.

De cette vérité on doit conclure que, si les revenus de l'un des époux sont insuffisants pour ses besoins, le jugement de séparation doit lui attribuer aux dépens de l'autre époux une pension alimentaire dont le taux sera calculé sur leur condition sociale et sur la fortune de celui qui en sera chargé.

§ II.

Des mesures provisoires pendant l'instance en séparation.

SOMMAIRE.

1416. *Les mesures provisoires pendant l'instance en séparation sont empruntées de la loi sur le divorce.*
1417. *Auquel des époux doit être confiée l'administration provisoire des enfants ?*
1418. *De la résidence de la femme et d'une pension alimentaire.*
1419. *Peut-elle quitter le domicile marital avant que cette résidence lui soit fixée ?*
1420. *Doit-elle obtenir une provision pour les frais du procès et une pension alimentaire ?*
1421. *Si elle quitte la résidence fixée à quoi s'expose-t-elle ?*
1422. *La femme demanderesse ou défenderesse peut faire apposer les scellés sur les biens de la communauté.*
1423. *Le mari en devient après l'inventaire gardien judiciaire.*

1416. Pour les mesures provisoires que peut rendre nécessaires la demande en séparation, dans le silence du chapitre 5 relatif à cette demande, on doit consulter la loi sur le divorce, loi qui dans sa section 2 règle ces mesures provisoires.

Nous remarquons, au reste, que les principales dispositions de cette section avaient été adoptées par la Chambre des Pairs dans le projet de loi qu'elle arrêta sur la séparation de corps, à sa séance du 28 décembre 1816. Cette circonstance est un motif de plus pour s'en référer à cette partie de la loi sur le divorce.

1417. L'art. 267 de cette loi s'exprime ainsi :

« L'administration provisoire des enfants restera au mari Art. 26
» demandeur ou défendeur, à moins qu'il n'en soit autre-
» ment ordonné par le tribunal sur la demande, soit de la
» mère, soit de la famille ou du ministère public, pour le
» plus grand avantage des enfants (1). »

(1) Sur les mesures provisoires le Code sicilien, art. 144 à 148, est conforme au Code Napoléon, art. 267 à 271.

Cet article avait été littéralement copié dans le projet de loi de 1816 : il formait l'art. 20 du projet.

Il suffit de le lire pour l'approuver. C'est le plus grand avantage des enfants qui doit d'abord diriger le choix de la personne à laquelle l'administration provisoire de ces enfants sera confiée.

Mais s'il n'y a pas de motif grave pour en priver le mari, il doit la conserver, parce qu'elle lui appartient, tant que la société conjugale n'est pas dissoute ou modifiée, comme chef de cette société et comme investi de la puissance paternelle.

1418. L'art. 268 a aussi une disposition qui doit s'appliquer à la demande en séparation de corps.

Art. 268. « La femme demanderesse ou défenderesse pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la provision alimentaire que le mari sera tenu de lui payer. »

La *femme pourra* quitter le domicile de son *mari pendant la poursuite.*

La loi veut, dans le même article, que le tribunal indique la maison où la femme sera tenu de résider; mais elle ne dit pas si avant cette indication la femme pourra quitter le domicile marital.

1419. La rédaction de la Commission était plus claire : *Si la femme a quitté ou déclaré vouloir quitter*, disait le projet.

Cependant, quoique la forme de la rédaction ait été changée, elle ne refuse pas à la femme la faculté de quitter ce domicile sur-le-champ, sauf à demander plus tard l'indication de la maison où elle devra résider. Elle l'y autorise même par ces mots : *La femme pourra quitter le domicile du mari.*

C'est ainsi, au reste, que l'article doit être entendu, comme l'atteste Locré dans l'Esprit du Code. La femme peut être dans la nécessité de se soustraire par une prompte fuite

aux violences et aux excès auxquels le mari demandeur ou défendeur pourrait se porter.

L'art. 21 du projet de 1816 portait une disposition semblable à celle de l'art. 268 du Code, quant à l'indication de la maison où elle serait tenue de résider pendant la poursuite, si d'ailleurs cette résidence ne lui avait pas déjà été fixée, conformément à l'art. 878 du Code de procédure, par l'ordonnance qui l'avait autorisée à former la demande.

Le même art. 21 établissait la même règle pour la provision alimentaire.

1420. La jurisprudence a appliqué au cas de la séparation de corps la disposition de l'art. 268 sur la provision alimentaire. C'était justice : la femme, pendant l'instance, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, doit recevoir de son mari ce qui lui est nécessaire, suivant sa condition, pour sa subsistance et son entretien, à moins qu'elle n'ait des ressources particulières ; elle doit aussi obtenir une provision pour fournir aux frais du procès ; et cette provision commandée par ses besoins elle devrait l'obtenir sur l'appel, quoiqu'elle eût négligé de la demander devant les premiers juges. (Arrêt de la Cour de cassation, du 14 juillet 1808 ; autre de la même Cour, du 28 juin 1815, rapportés par Denevers, t. 6. 1. 474, et t. 15. 1. 372.)

La loi ne s'occupe que de la femme, soit pour l'éloignement du domicile conjugal, soit pour la provision maritale.

Cette remarque a été faite au Conseil d'Etat.

Cependant le domicile commun peut être dangereux pour le mari ; mais il ne lui est pas défendu de s'en éloigner lui-même, ou, si les circonstances l'exigent, il peut obtenir du juge l'autorisation d'en éloigner son épouse. C'est un de ces cas que la loi abandonne à la conscience et à la sagesse des magistrats. (Procès-verbal du 26 vendémiaire an 10, Esprit du Code Napoléon.)

Quant aux aliments, le mari comme chef de l'union con-

jugale ne peut être dans le besoin, si la fortune de la femme est suffisante.

Car s'il est marié sous le régime de la communauté, il administre les biens de la femme et en perçoit les revenus.

Il a aussi cette administration sous le régime dotal.

Enfin, lors même que les biens de la femme seraient paraphernaux, il aurait le droit d'exiger de celle-ci le tiers de ses revenus pour fournir aux besoins du ménage.

Au reste, sa qualité de mari l'autoriserait dans tous les cas à demander des aliments. (Esprit du Code Napoléon sur l'art. 268.)

1421. Mais la femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison qui lui a été indiquée toutes les fois qu'elle en est requise; à défaut de cette justification la provision alimentaire peut lui être refusée par le mari, qui peut même, si elle est demanderesse, la faire déclarer non-recevable à continuer ses poursuites.

Telle est la disposition de l'art. 269 du Code civil; et cette disposition avait été reproduite dans l'art. 22 du projet de 1816, qui cependant avait apporté à la règle une sage modification, pour le cas d'une excuse légitime au défaut de résidence.

Cette modification, au reste, commandée par la raison, serait appliquée par les tribunaux dans le silence de la loi. Car l'inobservation, légitimée par une excuse valable, ne doit pas être punie. On conçoit que l'abandon momentané seulement de la résidence fixée ne devrait faire encourir aucune peine à la femme qui rentrerait dans cette demeure.

1422. L'art. 270 du Code civil autorise la femme à prendre une mesure conservatoire qui peut placer le mari dans une position assez difficile. Voici en quels termes :

L. 270. « La femme commune en biens, demanderesse ou défen-
» deresse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir
» de l'ordonnance dont il est fait mention dans l'art. 238,
» requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition

» des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces
» scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec pri-
» sée, et à la charge par le mari de représenter les choses
» inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gar-
» dien judiciaire. »

Cette disposition n'avait pas été insérée dans le projet de loi soumis à la Chambre des Pairs en 1816. Il présente bien quelque inconvénient en ce qu'il paralyse au moins momentanément l'administration du mari qui est le chef de la communauté tant qu'elle n'est pas dissoute par un jugement définitif.

Aussi avait-on d'abord pensé que le mari pourrait contester l'apposition des scellés ou en demander la main-levée, même sans avoir fait inventaire. Et ce droit lui avait été attribué par une disposition particulière qui chargeait le tribunal civil de prononcer, sommairement et sauf l'appel, sur les difficultés qui s'éléveraient à cet égard entre les deux époux.

Un examen plus mûr décida le Conseil d'Etat à abandonner ce système. On reconnut que l'apposition des scellés ne pourrait préjudicier aux affaires du mari, puisqu'il dépendrait de lui d'en obtenir promptement la main-levée en faisait faire inventaire.

La mesure conservatoire fut maintenue.

La jurisprudence l'a étendue à la séparation de corps. Les motifs qui l'avaient dictée pour le divorce devaient aussi la faire admettre pour la séparation de corps qui, comme on le sait, emporte aussi séparation de biens.

Or la séparation de biens dissout la communauté, et les effets du jugement remontent au jour de la demande. (Code civil, art. 1445.)

La femme qui demande la séparation ou qui y défend a donc intérêt à faire constater dès ce jour-là quelles sont les forces de la communauté.

La faculté de faire apposer les scellés appartient à la

femme défenderesse comme demanderesse ; car dans l'un comme dans l'autre cas elle y a le même intérêt.

Elle n'appartient pas au mari, parce qu'elle lui est inutile puisqu'il dispose de tout.

Elle ne s'applique qu'aux biens de la communauté, ces biens étant les seuls sur lesquels la femme ait des droits communs et indivis avec le mari. Quant à ses reprises dotales elles doivent être constatées par les actes de famille.

1423. On avait proposé, en laissant au mari l'administration et la garde des objets qui seraient inventoriés, d'exiger de lui une caution pour la sûreté des droits de la femme aux valeurs inventoriées.

Mais le Tribunat fit observer que cette exigence serait trop dure pour le mari ; que celui-ci pourrait être dans l'impossibilité d'en fournir ; que les droits de la femme étaient incertains, et que l'époque de leur exercice était indéterminée ; qu'il devait suffire de rendre le mari gardien judiciaire, ce qui emportait la contrainte par corps pour la représentation des objets inventoriés ou de leur valeur.

Cette observation fut admise et la proposition du bail de caution fut rejetée.

Les mesures conservatoires prescrites par les art. 267 et 270 ont été appliquées à la séparation de corps, par arrêt de la Cour de Bruxelles du 8 mai 1807. Cette Cour a même autorisé, par arrêt du 13 août 1812, l'apposition des scellés sur des meubles et effets dépendant de la communauté, quoique le mari les eût vendus ; mais la vente était suspecte de fraude et de simulation.

La Cour d'Amiens avait aussi jugé, le 5 pluviôse an 13, que la femme pouvait, avant d'avoir obtenu sa séparation, requérir un inventaire du mobilier de la communauté.

La Cour de Metz est allée plus loin ; elle a ordonné le dépôt à la caisse des consignations, pendant l'instance en séparation, des deniers appartenant à la communauté. (Arrêt du 23 juin 1819.)

Cet arrêt, que les circonstances provoquèrent sans doute, est peu régulier en principe, puisqu'il privait le mari de l'administration de ces deniers, quoiqu'il dût la conserver pendant l'instance comme chef de la communauté.

La Cour de Bruxelles avait commis, le 11 août 1808, une erreur semblable en refusant au mari le droit de vendre les objets inventoriés, quoiqu'il fût seulement soumis par l'art. 271 à répondre de leur valeur.

La Cour d'Angers s'est montrée plus fidèle aux règles en refusant de mettre en séquestre pendant l'instance en séparation, les biens d'une succession échue à la femme. Son refus fut fondé sur le droit d'administration que la loi accordait au mari. (L'arrêt est du 27 août 1817.)

La Cour de Bruxelles avait antérieurement, par arrêt du 13 janvier 1809, appliqué cette doctrine en refusant à la femme de mettre en séquestre les récoltes pendantes par racines des immeubles appartenant à la communauté.

Toutes ces décisions plus ou moins exactes ont pour base les dispositions de l'art. 271 du Code civil.

Section IV.

Des effets de la séparation de corps.

SOMMAIRE.

1424. *La séparation de corps relâche mais ne détruit pas les nœuds du mariage.*
1425. *Division de la section.*

1424. La séparation de corps relâche les liens du mariage, mais elle ne les détruit pas. Ils peuvent donc se resserrer dans la suite si une réconciliation couvre du voile d'un généreux oubli les torts d'un époux repentant.

1425. Cette section se divise donc naturellement en deux paragraphes, l'un destiné à tracer les effets de la sé-

paration, l'autre à faire connaître comment elle peut cesser et quelle est alors la position respective des époux.

§ Ier.

Des effets de la séparation de corps.

SOMMAIRE.

1426. *Division du paragraphe.*

1426. Ces effets peuvent être considérés sous plusieurs rapports :

Quant aux enfants nés du mariage ;

Quant à la personne des époux ;

Quant à leurs biens.

ARTICLE PREMIER.

De l'effet de la séparation de corps quant aux enfants.

SOMMAIRE.

1427. *A qui doivent être confiés les enfants ?*

1428. *L'intérêt des enfants doit être principalement consulté. — Ils peuvent être confiés à un tiers si cet intérêt le veut.*

1429. *C'est aux tribunaux seuls à en décider.*

1430. *Les père et mère conservent toujours leur droit de surveillance, et doivent fournir aux besoins.*

1427. En considérant les effets de la séparation, quant aux enfants, c'est encore dans la loi du divorce que, d'après l'état actuel de notre législation, nous avons à rechercher des règles.

L'art. 302 du Code Napoléon s'exprime ainsi :

Art. 302. « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le » divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la » famille ou du Commissaire du Gouvernement, n'ordonne, » pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou

» quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de » l'autre époux, soit d'une tierce-personne (1). »

1428. On voit par ces dispositions que c'est l'intérêt des enfants qui a excité surtout la sollicitude du législateur.

Cet intérêt devait dominer. Aussi dicta-t-il une disposition absolument semblable dans le projet de loi sur la séparation de corps, qui fut adopté par la Chambre des Pairs en 1816.

L'art. 31 de ce projet n'est que la copie de l'art. 302 de la loi du divorce.

La jurisprudence a appliqué la règle aux séparations de corps prononcées depuis le Code civil.

Quelques arrêts ont bien décidé que l'art. 302 ne s'appliquait pas à la séparation de corps, et que le père contre lequel elle avait été dirigée devait rester chargé de la garde des enfants et conserver sur eux la puissance paternelle, si la femme n'alléguait pas des motifs suffisants pour l'en priver. (Arrêt de la Cour de Liége, du 25 août 1809; arrêt de la Cour de Bruxelles, du 8 août 1807.)

1429. Mais c'est surtout le plus grand avantage des enfants qui, en général, a été consulté par les décisions judiciaires pour les confier à l'un des époux ou même à une tierce-personne, tout en respectant les droits de la puissance paternelle en tant qu'ils pouvaient se concilier avec l'administration de la personne et des biens des enfants confiés soit à la mère, soit à un tiers.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 1821, et un autre arrêt rendu par la même Cour, le 28 juin 1815, ont rejeté des pourvois formés contre des décisions des Cours d'Aix et de Pau, par des pères qui se plaignaient de ce qu'elles avaient confié la garde des en-

(1) Le Code sicilien, art. 232 et 233, est conforme aux art. 302 et 303 du Code Napoléon;

Le Code sarde, art. 142, confie les enfants à la mère jusqu'à l'âge de 4 ans, et veut qu'ensuite le tribunal désigne l'époux auquel leur éducation sera confiée.

fants aux mères séparées de corps pour causes d'injures seulement.

Les Cours de Caen, de Bruxelles, de Paris ont consacré cette doctrine par des arrêts des 18 et 19 juin 1807, du 28 mars 1810, du 11 décembre 1821; ce dernier arrêt qui est de la Cour de Paris déclarant, d'ailleurs, que les tribunaux ne sont pas obligés de suivre une règle uniforme, par exemple, de confier les garçons au père et les filles à la mère.

C'est encore en vertu du même principe que la Cour de Rennes, par arrêt du 21 février 1826, chargea une tierce-personne du soin des enfants, parce que pour eux la moralité des époux ne pouvait être qu'un sujet de scandale.

C'est aussi par l'intérêt de l'enfant que la Cour de Paris, suivant arrêt du 20 septembre 1832, s'est déterminée, lorsque, dans un cas où le jugement de séparation avait ordonné que cet enfant serait placé jusqu'à sa majorité dans une maison d'éducation d'où il ne pourrait sortir que du consentement réciproque de ses père et mère, elle a décidé que la convention faite entre ceux-ci et d'après laquelle l'enfant passerait une partie des vacances chez l'un et une partie chez l'autre, ne les liait pas de telle manière que la volonté de l'un d'eux ne pût faire cesser cet arrangement.

Il faut, par conséquent, reconnaître qu'il y a erreur de principe dans une décision de la Cour de Montpellier qui a jugé que les enfants devaient toujours être confiés à celui des époux qui avait obtenu la séparation, et qu'il ne pouvait être dérogé à cette règle qu'autant que le conseil de famille ou le ministère public l'auraient formellement demandé.

Cette fausse doctrine tendrait à faire considérer le conseil de famille comme juge souverain du sort des enfants, tandis que ce sont les tribunaux seuls que le législateur a entendu investir de ce pouvoir discrétionnaire, qu'il a seulement voulu que les conseils de famille pussent être consultés, et qu'il a rejeté la proposition qui lui avait été faite

de s'en référer à cet égard à la décision de la famille, parce qu'il fut frappé de l'observation qui lui fut faite « qu'on ne » s'était pas bien trouvé de ces réunions de parents, dans » lesquelles les préventions ne s'affaiblissent point, et où » l'on rencontre souvent de la haine (1). »

Un tel danger n'est pas à craindre en s'en référant à la sage impartialité des magistrats.

Si le conseil de famille est consulté il n'est pas tenu de motiver son avis. La loi ne le lui prescrit pas. Cependant la raison veut qu'il fasse connaître les bases de son opinion aux tribunaux qui doivent l'apprécier.

1430. Quelles que soient, au reste, les personnes auxquelles les enfants soient confiés, les père et mère conservent sur eux leurs droits de surveillance, et ils ne sont pas affranchis de l'obligation de fournir à leurs besoins. C'est ce que déclare l'art. 303.

« Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront » confiés, les père et mère conserveront respectivement le » droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs en- » fants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs » facultés. » Art. 303

Cet article inséré dans la loi du divorce doit, à plus forte raison, s'appliquer à la séparation de corps dont les enfants ne doivent pas être victimes, et qui ne peut changer à leur égard ni les droits ni les devoirs des père et mère.

Un article semblable avait été consigné dans le projet de loi de 1816. Il formait l'article 32 de ce projet.

L'article 304 de la loi du divorce porte que la dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur sont conférés par les lois ou par les père et mère, mais qu'il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce.

(1) Esprit du Code Napoléon sur l'art. 302.

Cette disposition, qui pouvait être utile pour le cas de divorce afin d'éviter toute fausse interprétation soit de la loi, soit des conventions, aurait été surabondante pour le cas de la séparation de corps qui ne dissout pas le mariage, et qui ne peut, par conséquent, modifier les avantages conférés aux enfants.

Aussi le projet de 1816 ne contenait-il rien de semblable dans ses divers articles.

ARTICLE II.

Des effets de la séparation de corps quant à la personne des époux.

SOMMAIRE.

1431. *Peine d'emprisonnement contre la femme condamnée pour adultère à la séparation de corps.*
1432. *Discussion au Conseil d'Etat. — Rejet d'une proposition semblable contre le mari.*
1433. *Ancien droit sur l'adultère.*
1434. *Code pénal actuel et poursuites correctionnelles que peut exercer le mari seul contre la femme.*
1435 *Il peut se départir de l'action et même de la condamnation.*
1436. *Au civil, c'est le ministère public qui requiert la peine.*
1437. *Quoique séparée, la femme ne peut contracter sans autorisation.*
1438. *Elle peut résider où elle veut, même à l'étranger.*
1439. Quid *dans ce cas pour les enfants qui lui sont confiés?*
1440. *Quoique séparés de corps les époux se doivent réciproquement des aliments. — Dans le divorce le demandeur seul y avait droit.*
1441. *Quotité des aliments à accorder.*
1442. *Moyen qu'on peut prescrire pour les assurer.*

1431. La séparation produit un effet spécial si elle est prononcée contre la femme pour cause d'adultère.

Elle a aussi dans tous les cas des effets généraux applicables aux deux époux.

Pour le cas où l'épouse est coupable d'adultère, l'art. 308 s'exprime ainsi :

308. « La femme contre laquelle la séparation de corps sera

prononcée pour cause d'adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années. »

Cette disposition avait été aussi adoptée dans le projet loi arrêté en 1816 par la Chambre des Pairs. Seulement r la proposition de la Commission à ces mots *dans une mai-* *n de correction*, on avait substitué ceux-ci : *Dans telle ison qui sera déterminée par le tribunal.*

On avait aussi étendu à trois mois comme pour le cas de vorce la plus courte durée de la peine infligée à la femme ultère.

1432. Lors de la discussion du Code civil quelques diffi-ltés s'élevèrent soit sur la peine et sa durée, soit sur son plication aux deux époux.

La Commission n'avait pas proposé de peine contre la nme défenderesse en divorce pour cause d'adultère.

Mais l'on fit observer que « si le crime d'adultère était al-gué et prouvé dans une demande en séparation de corps, serait impossible à la partie publique de ne pas poursuivre femme coupable. »

» Qu'il ne fallait pas déroger à l'usage universel en laissant crime impuni ; autrement la législation serait immorale, isqu'elle autoriserait une séparation qui permettrait à la nme adultère d'aller vivre avec son séducteur. »

« Que si l'on punissait l'adultère lorsqu'il donnait lieu a séparation, on ne pouvait se dispenser de le punir éga-ent quand il donne lieu au divorce ; qu'il était impossible ns un cas comme dans l'autre, de laisser un libre cours à corruption. »

Ces observations firent résoudre les questions affirmati-ment.

On eut ensuite à décider si la peine serait aussi infligée au ari coupable.

« Il serait injuste, disait-on, de la restreindre à la femme. A la vérité, l'adultère de la femme a des suites plus graves que celui du mari. Mais la loi, qui ne voit que le crime, doit le punir également dans les deux époux.

» On répondit que la peine devait être mesurée par le tort que le délit cause à la société. »

La réclamation fut rejetée (1).

1433. Dans l'ancien droit l'adultère de la femme n'était pas une cause de séparation de corps.

Mais le mari pouvait la poursuivre et la faire punir comme adultère.

La peine était la réclusion dans un monastère.

Le mari pouvait la retirer pendant deux ans. S'il n'usait pas de ce droit dans ce délai, elle devait y rester toute sa vie, et était rasée.

Le magistrat qui avait fait condamner sa femme pour adultère n'avait pas la faculté de la retirer pendant les deux ans (2).

Ces mesures rigoureuses opéraient par le fait la séparation de corps.

1434. Notre Code pénal autorise aussi le mari, mais le mari seul, comme autrefois, à dénoncer l'adultère de la femme et à la faire condamner à une détention de trois mois au moins, de deux ans au plus. (V. C. pén., art. 336, 337.)

1435. Mais il peut arrêter les effets de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme (même art. 337).

Le mari qui entretient une concubine dans la maison conjugale n'est pas recevable dans son action. Sa conduite criminelle n'est pas sans doute une excuse légitime pour la femme. Mais lui qui l'outrage pourrait-il être admis à se plaindre d'une corruption dont il a lui-même peut-être donné l'exemple et à laquelle il se livre sous ses yeux?

(1) V. l'Esprit du Code civil sur l'art. 298.

(2) V. le Dictionnaire de jurisprudence de Rousseau-Lacombe, au mot *Adultère*, et les lois et arrêts qui y sont cités.

1436. La loi, sur la séparation de corps, ordonne que la peine de détention sera prononcée devant les tribunaux civils sur la réquisition du ministère public, tandis que le Code pénal n'admet devant les tribunaux correctionnels l'action d'adultère que sur les poursuites du mari ou sur sa dénonciation.

Cette différence ne doit pas surprendre, ou plutôt il n'y a pas de différence ; dans le second cas comme dans le premier, soit que le mari poursuive lui-même ou qu'il se borne à dénoncer, c'est toujours le ministère public seul qui peut requérir l'application de la peine.

Le mari, dans le cas de poursuites correctionnelles, pourrait tout au plus demander contre le complice des dommages et intérêts, et même il serait douteux qu'on lui en accordât pour le seul fait d'adultère.

Nos mœurs en France répugnent à ce qu'on paie ainsi l'honneur par de l'argent. Laissons à nos voisins d'Outre-Mer ce triste usage.

1437. Les effets généraux de la séparation de corps, quant à la personne des époux, sont le relâchement des liens du mariage et l'affaiblissement de la puissance maritale.

Nous disons l'*affaiblissement ;* car cette puissance n'est pas entièrement détruite.

La femme ne recouvre pas sa liberté entière d'action. Sa séparation de corps entraîne celle de biens, comme nous le ferons bientôt remarquer plus particulièrement.

Mais si elle est libre de sa personne, et si elle n'est plus tenue de demeurer avec son mari et de le suivre partout où il jugerait à propos de résider, elle ne peut cependant contracter aucune obligation, ni faire aucune espèce d'acte de disposition entre-vifs à titre gratuit ou onéreux, sans rendre hommage à la puissance maritale en obtenant l'autorisation de son mari ou en cas de refus celle de la justice. (V. C. civ., article 217 et 218.)

1438. La femme séparée de corps est, d'ailleurs, libre de

sa personne ; elle peut choisir à son gré le lieu de sa résidence et en changer quand il lui plaît. Elle n'est pas tenue de rester dans la maison qui lui avait été indiquée pour y résider pendant le cours de l'instance. Cette résidence n'était que provisoire, et ne lui avait été assignée que dans l'incertitude seule résultant de l'action en séparation. Ce résultat une fois connu, l'assignation provisoire cesse, et la femme séparée peut demeurer où elle veut ; elle peut même voyager et aller habiter sur un sol étranger si cela lui convient.

1439. Seulement dans ce dernier cas et même dans celui où quoique restant en France elle s'éloignerait trop du domicile marital, si les enfants lui avaient été confiés, le mari, qui, par cet éloignement, se verrait privé de ses droits de surveillance, serait autorisé à demander que la garde des enfants fût remise à un tuteur *ad hoc* s'il n'en était pas jugé digne lui-même (1).

1440. Quoique séparés de corps les époux ont respectivement le droit de se demander des aliments.

Dans le cas du divorce, une pension alimentaire ne devait être accordée qu'à celui des époux qui avait obtenu le divorce. (V. l'art. 301 du Code.)

Quelques cours d'appel avaient demandé que l'obligation de fournir des aliments fût réciproque. Un sentiment de commisération avait dicté cette proposition.

Mais cet amendement fut rejeté, parce que les époux divorcés devenant entièrement étrangers l'un à l'autre, l'obligation de se fournir des aliments, qui leur avait été imposée par le mariage, devait cesser à leur égard.

« Ce n'était que par exception à la règle générale qu'elle lui survivait en faveur de l'époux demandeur, et cette exception était aussi juste que sage. La justice ne permet pas, en effet, que celui qui n'a pas violé les lois du mariage soit réduit à la misère par les torts de celui qui les a enfreintes.

(1) V. le Dictionnaire de jurisprudence de Dalloz aîné, t. 11, p. 911.

La prudence même oblige de prévoir qu'une femme dépravée serait encouragée au désordre, si par suite du divorce qu'elle contraindrait le mari de demander, elle recouvrait tous ses biens, sans même être tenue d'aider de ses revenus celui qu'elle aurait outragé.

Ces raisons peuvent aussi s'appliquer à l'époux demandeur en séparation de corps. Mais il y en a eu une plus puissante encore et qui peut être invoquée par l'époux défendeur comme par le demandeur. C'est que le mariage n'est pas dissous par la séparation; que le nœud légal subsiste, et que, par conséquent, les obligations et les devoirs réciproques doivent aussi subsister au moins pour tout ce qui peut se concilier avec la séparation de corps.

Or le devoir de se prêter mutuellement secours et assistance est la principale, la plus sacrée des obligations qui naissent du mariage. (Code civil, art. 212.)

Comment un époux pourrait-il laisser, livrée à la misère, à la faim, une épouse même coupable? La religion et la morale ne seraient-elles pas également révoltées d'un tel abandon? Aussi les auteurs et la jurisprudence s'accordent-ils à déclarer réciproque le droit aux aliments (1).

1441. Quant à la quotité des aliments, elle doit être proportionnée aux besoins de celui auquel ils sont dus et aux ressources de celui qui les doit.

L'art. 301 autorise à les porter au tiers des revenus de l'époux débiteur. Une disposition semblable avait été admise par l'art. 36 du projet de loi de 1816, et cette disposition appliquait aux deux époux le droit à une pension alimentaire.

1442. Pour assurer la pension alimentaire les tribunaux peuvent même ordonner que l'époux débiteur assignera un capital suffisant ou déléguera un revenu libre. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation, par un arrêt du 30 janvier 1828,

(1) Duranton, n° 633; Toullier, t. 2, n° 780; arrêt de la Cour de Lyon, S., 36. 2. 239.

dans une espèce, il est vrai, où les aliments étaient dus à l'époux demandeur (1). Mais il y aurait même raison de le décider ainsi en faveur de l'époux défendeur si la sûreté de la pension alimentaire paraissait compromise.

ARTICLE III.

Des effets de la séparation de corps quant aux biens des époux.

SOMMAIRE.

1443. *Le principal effet de la séparation de corps est d'opérer la séparation de biens.*
1444. *En recouvrant l'administration de ses biens la femme séparée et commune peut disposer de son mobilier.*
1445. Quid *si elle est mariée sous le régime dotal?*
1446. *Nécessité de publier le jugement de séparation.*
1447. *A quel jour remonte ses effets?*
1448. Quid *des obligations contractées par le mari depuis la demande en séparation?*
1449. *L'époux défendeur perd-il les avantages que lui avait faits le demandeur? — Controverse.*

1443. Le principal effet de la séparation de corps, quant aux biens, est d'emporter la séparation de biens.

Ce principe est écrit dans l'art. 311 du Code civil :

Art. 311. « La séparation de corps, dit cet article, emportera tou-
» jours séparation de biens. »

Elle fait cesser la collaboration ; elle dissout le ménage commun. Elle doit donc aussi détruire la communauté si elle existe entre les époux.

C'est aussi ce que déclare l'art. 1441 du Code civil.

« La communauté se dissout... 4° par la séparation de
» corps ; 5° par la séparation de biens. »

1444. L'art. 1449 ajoute une disposition qui s'applique à tous les régimes :

(1) D., 28. 1 115.

« La femme séparée, soit de corps, soit de biens seule-
» ment, en reprend la libre administration.
» Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner.
» Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consente-
» ment de son mari, ou sans être autorisée en justice à son
» refus. »

1445. Ainsi, sous le régime dotal comme sous celui de la communauté, la femme séparée pourra toucher des capitaux mobiliers et en donner quittance. Car la réception des capitaux mobiliers n'est qu'un acte d'administration. C'est ce qui résulte de l'art. 1549 du Code civil qui, en attribuant au mari l'administration des biens dotaux pendant le mariage, l'autorise, comme une conséquence du droit d'administration, à recevoir le remboursement des capitaux.

La femme séparée, recevant de la loi le pouvoir d'administrer, doit jouir, comme en jouissait le mari qu'elle remplace dans ce pouvoir, de tous les droits qui y sont attachés, et par conséquent elle peut toucher les capitaux sans être tenue d'en faire emploi.

En recevant les capitaux elle peut, il est vrai, les dissiper. Cet inconvénient est grave ; mais on ne peut y échapper que par une disposition expresse du jugement de séparation, qui restreigne l'administration de la femme, qui exige, par exemple, qu'il soit fait emploi des capitaux qu'elle toucherait, et qui prévienne ainsi l'aliénation indirecte de ces capitaux.

Au reste la femme même séparée ne pourrait pas contracter des obligations qui par leur étendue compromettraient sa dot mobilière. Cette aliénation directe serait nulle ; car le principe de l'inaliénabilité de la dot s'applique aussi à la dot mobilière. Ainsi décidé par de nombreux arrêts indiqués notamment dans la table décennale de Sirey, de 1831 à 1840, au mot *Dot*, nos 178, 179, 180, 182, 183; y voir aussi les autorités opposées.

Quant aux immeubles, si la femme séparée les aliène en présence et du consentement de son mari, celui-ci est garant

du défaut d'emploi ou de remploi, mais sans l'être de l'utilité de cet emploi.

Mais si la femme aliène sous l'autorisation de la justice, le mari ne lui doit aucune garantie, à moins qu'il n'ait concouru à la vente ou qu'il ne soit prouvé qu'il a reçu les deniers ou qu'il en a profité. (Code civ., art. 1450.)

1446. Dans le projet de loi de 1816, l'art. 33 était la copie littérale de l'art. 311 du Code civil, et l'art. 34 déclarait « que la séparation de biens aurait son effet par la seule force du jugement qui aurait prononcé la séparation de corps » nonobstant l'art. 1444, la seconde disposition de l'art. 1445 et l'art. 1447.

Cette disposition additionnelle était aussi sage que juste. Elle prévenait les difficultés nombreuses que fait naître la nécessité de l'exécution du jugement de séparation dans le délai le plus bref, et celle des diverses formalités de publications prescrites par l'art. 1445. Elle ne nuisait pas, d'ailleurs, aux créanciers du défendeur; l'art. 34 leur réservait même expressément leurs droits, et d'ailleurs ces créanciers étaient suffisamment avertis par les publications et les insertions exigées pendant l'instance en séparation.

Dans l'état actuel de la législation il est indispensable » *qu'un extrait du jugement* qui prononce la séparation soit » inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tri- » bunaux que dans les chambres d'avoués et de notaires, ainsi » qu'il est dit article 872. (Termes de l'art. 880 du Code » de procédure civile.) »

Les tribunaux indiqués sont : le tribunal de commerce et le tribunal civil. (V. l'art 872.)

Cette formalité est de rigueur; son omission ne permettrait pas d'opposer le jugement de séparation aux tiers, pas même à ceux qui n'auraient acquis des droits contre le mari que depuis le jugement de séparation. (Arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1837, S., 37. 1. 318; D., 37. 1. 372. Voir aussi le Droit commercial de Pardessus,

t. 1, n° 95, Carré sur l'art. 880; Homines Desmasures, *ibid.*)

1447. En déclarant que la séparation de corps emporte de plein droit séparation de biens, l'art. 311 du Code civil doit se combiner avec l'art. 1445, qui dit que le *jugement qui prononce* la séparation de biens remonte, *quant à ses effets, au jour de la demande.*

1448. Cette disposition nous conduit à appliquer à la séparation de corps la règle écrite dans l'art. 271 du Code pour le cas de divorce.

« Toute obligation contractée par le mari à la charge de » la communauté, toute aliénation par lui faite des immeu- » bles qui en dépendent postérieurement à l'ordonnance » dont il est fait mention dans l'art. 238, sera déclarée » nulle, s'il est prouvé, d'ailleurs, qu'elle ait été faite ou » contractée en fraude des droits de la femme. » Art. 271.

Cette disposition avait aussi été répétée dans le projet de loi de 1816, art. 23, ce qui prouve qu'on l'avait toujours considérée comme applicable à la séparation de corps ainsi qu'au divorce.

Et comment ne l'aurait-elle pas été, puisque les effets du jugement de séparation remontent au jour de la demande? Cette juste rétroactivité, dont le but est de prévenir les actes frauduleux que pourrait commettre un mari averti par la demande qu'une moitié des biens de la communauté va lui échapper, n'autorise-t-elle pas la femme à rechercher cette moitié de biens qui lui appartient et dont on a voulu la dépouiller ?

Pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps le mari ne pouvait, à cause de l'incertitude du résultat, être privé de l'administration d'une communauté dont il était le chef.

Mais il fallait, au moins, garantir la femme, autant que possible, des spoliations auxquelles elle était exposée.

L'art. 271 fut rédigé dans ce but après d'assez longues discussions.

Cet article concilie, il semble, tous les droits.

« Les intérêts des tiers de bonne foi sont ménagés, puisque la nullité n'est pas absolue, et ne porte que sur les actes frauduleux.

» Les intérêts de la femme le sont également. Elle n'a à craindre que les actes faits en fraude de ses droits.

» Enfin les intérêts du mari et de la communauté ne peuvent être blessés ; car la gestion des affaires n'est ni interrompue, ni gênée quand il y a bonne foi et droiture (1). »

1449. Une autre question des plus graves, qui a divisé les auteurs et les arrêts, a été soulevée, sur les effets de la séparation de corps relativement aux avantages que se sont faits les époux soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté.

L'art. 299 de la loi sur le divorce prive de ces avantages l'époux contre lequel le divorce a été admis, quelle qu'en soit la cause.

Et l'art. 300 conserve à l'époux qui a obtenu le divorce les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproquement, et que la réciprocité n'ait pas lieu.

Ces dispositions doivent-elles s'appliquer au cas de séparation de corps ?

Cette question importante a excité une controverse des plus sérieuses entre les auteurs et les arrêts. Se sont prononcés pour l'affirmative, Proudhon, *des Personnes*, t. 1, p. 341 ; Chabot, *des Successions* ; Delvincourt, t. 1er, p. 353 (édit. de 1819) ; Coulon, Questions de droit, t. 2, p. 376 ; Vazeilles, du *Mariage*, t. 2, n° 589 ; Dalloz aîné, v° *Séparation de corps*, p. 915 ; Toullier, *Théorie du contrat civil*, t. 1, p. 369 ; Massol, de la *Séparation de corps*, p. 297 et suivantes.

La négative a pour appui Merlin, *Répertoire*, v° *Sépara-*

(1) Esprit du Code Napoléon sur l'art. 271.

tion de corps, § 4, n° 5, et Questions de Droit, *eod. verb.* ; Toullier, *Droit civil*, t. 2, n° 781 ; Duranton, t. 2, n° 629, et t. 8, n° 572 ; Grenier, t. 1, n° 220 ; Favard, *Répert.*, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 3, n° 8 ; Zachariæ, *Droit civil français*, t. 3, p. 375, note 12.

Un grand nombre de Cours royales ont adopté la première opinion.

Plusieurs autres Cours, au contraire, et surtout la Cour de cassation, avaient embrassé la seconde, cette dernière Cour notamment avait manifesté sa persistance par cinq arrêts, quatre desquels cassaient des décisions contraires.

Tel était l'état de la question sur laquelle de puissants motifs de chaque côté ont soutenu la lutte.

Il serait superflu de les rappeler ici avec tout le développement dont ils seraient susceptibles.

Nous nous bornerons à énoncer d'abord sommairement ceux sur lesquels est fondé le système de la révocation.

Nous ferons connaître ensuite pour le système contraire les considérants d'un arrêt de la Cour de Riom, où l'on s'est attaché à réfuter tous les arguments de l'opinion que l'on combattait.

En France et dans le dernier état de la jurisprudence, a-t-on dit pour le premier système, les arrêts prononçaient, au profit de l'époux qui obtenait la séparation de corps, la révocation pour cause d'ingratitude des avantages qu'il avait faits à l'autre époux. Cette révocation frappait même les dons mutuels malgré leur réciprocité. Des arrêts des 26 février 1728 et 4 juillet 1782 signalèrent cette jurisprudence équitable qui punissait l'époux criminel en conservant à sa victime les libéralités qu'elle avait reçues.

C'est sous l'empire de ces principes que le Code civil a été préparé, décrété, et que, pour ne blesser aucune conscience, il a offert à l'époux qui gémissait sous les malheurs de son union le choix entre deux remèdes : l'un, le divorce, qui détruisait le mariage, l'autre la séparation de corps qui,

sans le dissoudre, en affaiblissait le joug et délivrait l'époux victime des sévices et des outrages de son persécuteur.

Le législateur a assimilé la séparation de corps au divorce ; il a déterminé les mêmes causes pour l'un et pour l'autre, et s'il ne s'est livré à aucun détail réglementaire au chapitre des séparations de corps, s'il n'y a inséré aucune disposition spéciale, c'est qu'il s'en référait pour les effets comme pour les causes de la séparation aux règles qu'il avait posées en traitant du divorce. C'est ce qu'on est obligé de reconnaître sur beaucoup de points, et ce que la jurisprudence nouvelle a déclaré, notamment en ce qui concerne la garde des enfants, la pension alimentaire due au demandeur, s'il a des besoins, la dissolution de la communauté et ses conséquences.

Comment supposer que le législateur ait entendu excepter la règle écrite pour le cas du divorce dans l'art. 299 de toute application au cas de la séparation de corps? Comment présumer qu'il ait voulu, sans cependant s'en expliquer, déroger à la jurisprudence alors en vigueur, et affranchir l'époux coupable des peines que cette jurisprudence lui infligeait?

Et remarquons qu'une telle supposition tendrait même à frapper de ces peines l'époux qui aurait obtenu la séparation de corps. Car après trois ans de durée de cette séparation l'époux serait obligé, aux termes de l'art. 310, de se replacer sous le dur esclavage dont il avait été affranchi, s'il ne voulait pas s'exposer à une action en divorce qu'on ferait admettre contre lui et qui l'exposerait lui-même à être privé de ces avantages dont l'art. 299 autoriserait à le dépouiller, quoique l'autre époux seul s'en fût rendu indigne.

Ainsi l'innocent serait puni. Le coupable serait épargné, récompensé même. Comment ne pas reconnaître l'erreur du système à la déplorable conséquence qu'il produirait?

Mais le législateur lui-même a pris soin de nous apprendre dans l'art. 1518 qu'il plaçait sur la même ligne, quant à leurs effets, le divorce et la séparation de corps,

Le préciput conventionnel est une libéralité mutuelle en faveur du survivant des époux communs en biens.

Quoique non assujetti aux formalités des donations, ce n'en est pas moins un avantage, et un avantage imputable sur la quotité disponible.

C'est, dit-on, une convention de mariage; mais les dons mutuels à prendre sur les biens que le prémourant laissera à son décès sont aussi des conventions de mariage, et ils ne sont soumis à aucune autre formalité que celle d'une stipulation contractuelle semblable à la stipulation du préciput conventionnel.

En un mot, le préciput conventionnel est une convention à titre gratuit, et par conséquent une donation entre époux.

Et cependant aux termes de l'article 1518, c'est l'époux qui a obtenu soit le *divorce*, soit la *séparation de corps* qui conserve le préciput conventionnel. L'autre époux, malgré la réciprocité de l'avantage, et quoiqu'il constitue un don fait par contrat de mariage, cesse d'y avoir aucun droit. Ce don est révoqué à son égard.

Comment n'admettrait-on pas aussi la révocation des autres dons, des autres avantages faits à l'époux défendeur, soit par contrat de mariage, soit depuis?

Il y a, d'ailleurs, cause suffisante de révocation dans l'ingratitude de la part de celui qui, par l'adultère, par des excès, des sévices ou des injures graves a mis son époux dans la triste nécessité de le poursuivre en séparation de corps.

Or, l'ingratitude est une cause légale de révocation des libéralités. (Code civil, art. 955.)

En vain, invoquant l'article 959, dirait-on, que « *les donations en faveur de mariage* ne sont pas révocables pour » cause d'ingratitude. »

Ces expressions : « *Les donations en faveur de mariage,* » prises dans leur signification naturelle, ne s'entendent que des donations faites par des tiers aux époux.

D'ailleurs, c'est en considération des enfants nés du mariage et qui sont censés compris dans la disposition contractuelle, que ces sortes de donations ne sont pas sujettes à révocation pour cause d'ingratitude, parce que ce serait punir les enfants eux-mêmes de torts dont ils sont innocents.

Or, cette raison ne se présente pas pour les avantages entre époux. Au contraire, la révocation leur profite puisque ce sont eux qui succèdent à l'époux donateur.

Au reste, c'est précisément sur l'ingratitude de l'époux donataire qu'est fondée la révocation prononcée par l'article 299 du Code. Voici quel était le langage de l'orateur Treilhard dans l'exposé des motifs de la loi :

« L'époux contre qui le divorce a été prononcé doit-il aussi conserver les avantages qui lui avaient été assurés par son contrat de mariage? Est-il digne de les recueillir? Et lorsqu'il se trouve convaincu de faits tellement atroces, que le divorce doit en être la suite, jouira-t-il d'un bienfait qui devait être le prix d'une constante affection et des soins les plus tendres? Non. Il s'est placé au rang des ingrats; il sera traité comme eux; il a violé la première condition du contrat; il ne sera plus reçu à en réclamer les dispositions. »

Ces observations ne conviennent-elles pas à la séparation de corps comme au divorce? L'époux condamné n'est-il pas aussi coupable dans un cas que dans l'autre? Et si le mode d'action a été seul changé par le respect du demandeur pour ses idées religieuses et pour sa conscience, pourquoi n'infligerait-on pas les mêmes peines aux mêmes fautes?

Tels sont les moyens qui furent présentés à la Cour de Riom dans la cause Valery. Ils n'eurent pas de succès.

Les considérants de l'arrêt qui les repoussa contiennent le résumé de tout ce qu'on peut dire contre la révocation des avantages entre époux. En voici le texte :

« Considérant que si la loi dans l'article 299 du Code civil a déclaré que le divorce pour causes déterminées, entraînerait, au préjudice de l'époux contre lequel il aurait

été admis, la perte des avantages qui lui avaient été assurés par l'autre époux, soit par leur contrat de mariage, soit depuis, elle n'a point attaché les mêmes conséquences à la séparation de corps;

» Considérant qu'une disposition de la nature de celle dont il s'agit, étant essentiellement pénale à l'égard de l'époux qui devait la subir, doit être restreinte au cas pour lequel elle avait été faite;

» Considérant que, de ce que les causes qui servaient à déterminer le divorce peuvent, aux termes de l'art. 306, amener la séparation de corps, on ne peut être autorisé à conclure que le Code a voulu que la séparation de corps produisît nécessairement sur les donations matrimoniales des époux entr'eux, les mêmes effets que le divorce;

» Qu'il y avait, entre ces deux voies, une différence capitale et décisive qui ne permettait pas qu'une pareille volonté pût être émise; que le divorce anéantissant le mariage devait, par là même, anéantir tout ce qui pouvait s'y rattacher, tandis que la séparation de corps ne faisant qu'en relâcher les liens, et laissant aux époux la liberté de se réunir, loin qu'il y eût quelque raison d'annuler les donations qu'ils s'étaient faites par leur contrat, il y en avait de les laisser subsister pour le cas où leur réunion viendrait à s'opérer et à rétablir leur ancienne association;

» Qu'aussi, le Code civil, en s'occupant dans un chapitre particulier de la séparation de corps, n'a pas déclaré qu'elle entraînerait des conséquences identiques à celles du divorce;

» Que, si son intention eût été de l'assimiler encore sur ce point important au divorce, comme il l'avait fait quant aux causes qui pouvaient la faire prononcer, il n'eût pas manqué de s'en expliquer d'une manière aussi positive, lorsque surtout il réglait par l'art. 311, les résultats qu'elle devait produire;

» Considérant qu'il importe peu que, dans le silence

qu'il a gardé sur les mesures à prendre relativement aux enfants des époux séparés de corps, on ait fréquemment dans l'usage appliqué les dispositions de l'art. 302 sur les enfants des époux divorcés ;

» Que l'article 302 ne contient aucune disposition pénale ; qu'il ne fait que consacrer des principes de droit commun, fondés sur les convenances et l'intérêt des enfants ; que dès-lors il n'y avait aucune difficulté d'en faire l'application en matière de séparation de corps ;

» Considérant qu'on ne peut invoquer en faveur du système de l'intimé, les dispositions de l'article 310 ; qu'indépendamment de ce qu'on ne peut pas dire que le divorce, institué par cet article, soit le divorce pour causes déterminées dont a nécessairement voulu parler l'article 299 qui lui est antérieur et qui ne pouvait se rapporter qu'aux dispositions qui le précèdent lui-même, la révocation qui aurait pu avoir lieu par une rigoureuse application de l'article 299, aurait été toujours le résultat d'un divorce, et non celui d'une séparation de corps, ce qui suffit pour repousser l'argumentation qu'on veut tirer de l'article 310 ;

» Considérant que l'article 1518, également invoqué, n'établit pas davantage le principe général, que la révocation des donations entre époux par contrat de mariage a lieu de plein droit par la séparation de corps ;

» Qu'aux termes de l'article 1516, le préciput conventionnel n'est évidemment qu'une clause ou une convention de communauté que l'on ne peut assimiler à une donation ; que, d'ailleurs, spéciale pour le cas qu'elle prévoit, la disposition pénale portée par cet article ne pourrait recevoir d'extension dans son application ; qu'enfin, en supposant que le législateur, ainsi qu'on l'a prétendu, eût voulu, par là, indiquer l'intention de faire produire à la séparation de corps la révocation attachée au divorce, cette intention ne se trouvant réalisée dans aucune disposition législative, spéciale et positive, les tribunaux ne peuvent la suppléer ;

» Considérant que l'article 959 (C. civ.), porte que *les donations en faveur de mariage* ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude; que ces expressions générales, ne pouvant par là souffrir aucune exception, doivent nécessairement comprendre, dans leur étendue, tout ce qui peut être regardé comme constituant un don fait en faveur de mariage;

» Qu'on ne peut pas, sans violer une généralité si clairement exprimée, en exclure les dons que les époux se font l'un et l'autre par leur contrat, puisque ces dons sont évidemment faits en vue du mariage et pour en favoriser la conclusion; qu'ils en sont souvent la cause déterminante, sans laquelle le mariage n'aurait pas lieu, et que leur existence et leurs effets sont subordonnés à sa réalisation;

» Considérant que, s'il pouvait y avoir quelques doutes sur le sens que la loi a voulu attacher aux expressions générales dont elle se sert pour désigner les donations qui ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude, ils seraient levés par l'article 960 qui suit immédiatement, et dans lequel elle apprend elle-même, en termes non équivoques, qu'elle regarde comme donations en *faveur de mariage* celles que les conjoints se font l'un à l'autre dans leur contrat, puisque, dans le cas qu'elle y prévoit, elle donne expressément cette qualification *à ces espèces de donations;*

» Considérant, dès-lors, qu'on ne peut concentrer, sur un point unique, l'application des dispositions de l'art. 959, pour y soumettre les donations par contrat de mariage faites aux époux par des tiers, et en excepter les donations des époux entre eux, en faisant une distinction qu'elles n'ont pas faite, et qui se trouve formellement repoussée par les expressions dans lesquelles l'art. 960 est conçu :

» Qu'admettre une pareille exclusion ce serait non pas seulement se livrer à une interprétation purement doctrinale de la loi, mais la changer en limitant les effets généraux qu'elle a évidemment voulu produire, ce qu'il n'est pas permis aux tribunaux de faire;

» Qu'étant claire et précise dans sa généralité, ils ne peuvent refuser de l'appliquer dans toutes ses conséquences sous le prétexte qu'il peut en résulter des inconvénients au préjudice de l'époux qui aurait obtenu la séparation de corps pour sévices et injures graves, le législateur pouvant seul déterminer les modifications qu'il serait utile de lui faire subir ;

» Considérant que, d'après tout ce qui précède, il n'y a aucune nécessité de s'occuper de la fin de non-recevoir proposée par l'appelant contre l'action en révocation dont elle est l'objet ;

» Par ces motifs, la Cour met l'appellation et le jugement dont est appel au néant, et maintient en faveur de l'appelant la donation dont il s'agit. »

Cet arrêt, rendu le 19 août 1839, sous la présidence de M. Bryon, aujourd'hui conseiller à la Cour de cassation, est fondé sur des motifs qui ont de la force. Mais sont-ils bien décisifs, et peut-on considérer la jurisprudence comme fixée définitivement sur la question ?

On pouvait en douter à voir la résistance manifestée jusqu'au jour de l'arrêt de Riom par un grand nombre d'autres Cours royales contre la doctrine émise par la Cour de cassation.

Il est certain cependant que si cette Cour régulatrice y avait persisté elle aurait fini par faire triompher son opinion. Mais jusqu'à ce qu'elle l'eût consacrée par une décision solennelle rendue en chambres réunies, il était permis d'hésiter.

Il eût été à désirer qu'une loi nouvelle réglât les séparations de corps, et qu'on reprît, en l'améliorant même, le projet présenté en 1816 et abandonné depuis sans que les motifs de cet abandon aient été signalés.

Nous devons dire néanmoins que ce projet n'admettait la privation des avantages faits entre époux, que dans le cas où l'adultère était la cause déterminante de la séparation de corps.

Nous avons dit que la Cour de cassation avait jugé jus-

qu'alors que la séparation de corps prononcée sous le Code civil ne privait pas l'époux défendeur des avantages que lui avait faits l'autre époux ; mais que les arrêts de beaucoup de Cours royales étaient sous ce rapport en opposition avec la Cour de cassation.

On verra par le tableau de cette jurisprudence opposée que, même depuis les derniers arrêts de la Cour suprême, nombre de Cours royales avaient persisté dans leur opinion (1).

(1) Pour la révocation, voir les arrêts suivants : 12 avril 1812, Cour de Caen, S., 13. 2. 69; 26 juin 1817, C. de Colmar, S., 21. 2. 325; 1er mai 1821, C. Agen, S., 21. 2. 326 ; 22 mars 1821, Angers, S., 21. 2. 246; 8 mars 1823, Paris, S., 23. 2. 234, et D., 21. 362; 15 janvier 1827, Amiens, S., 27. 2. 71 ; 20 mars 1827, Aix, S., 27. 2. 156, et D., 25. 2. 161 ; 28 août 1829, Paris, S., 29. 2. 259, et D., 27. 2. 293; 25 juillet 1829, Rouen, S., 31. 2. 27, et D., 30. 2. 273 ; 31 mai 1838, Bordeaux, S., 39. 2. 14, et D., 39. 2. 4 ; 15 novembre 1838, Rouen, S., 39. 2. 14, et D., 39. 2. 5 ; 22 avril 1839, Caen, S., 39. 2. 372 ; 7 novembre 1836, Caen, S., 39. 2. 164, et D., 38. 2. 108.

Contre la révocation :

13 juillet 1813, C. c. rej., S. 15. 1. 115, D., 12. 1. 593 ; 17 juin 1822. C. c. casse, S., 21. 1. 359, D., 20 1. 350 ; 29 août 1823, C. c. casse, S., 24. 1. 30 ; 13 février 1826, cassat., S., 26. 1. 265 ; D., 24. 1. 135, 28 avril 1824, Agen, S., 24. 2. 356 ; D., 22. 2. 184 ; 11 avril 1809, Toulouse, S., 13. 2. 330 ; D., 7. 12. 184 ; 5 mars 1824, C. c. rejet, S., 24. 1. 306 ; D., 22. 1. 253 ; 15 janvier 1828, Douai, S., 28. 2. 146 ; D., 26. 2. 136 ; 30 mai 1836, cass. S., 36. 1. 728 ; D., 36. 1. 377 ; 9 décembre 1836, Caen, S., 37. 2. 164 ; D., 38. 2. 108 ; 28 janvier 1837, Rouen, S., 37. 2. 164, D., 38. 2. 100 ; 10 août 1839, Riom, arrêt Valery ci-dessus transcrit, S., 40. 2. 59 ; D., 40. 2. 130.

Nota. — Les lois de Naples ou le Code sicilien qui est le Code Napoléon réformé déclare l'époux contre lequel la séparation de corps a été obtenue, privé de tous les avantages que lui a faits l'autre époux soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage, et il conserve ces avantages à l'époux demandeur. Voici les termes des articles 228 et 229 de ce Code :

Art. 228. Per qualunque causa abbia avuto luogo la separazione, il conjuge contro al quale sarà stata ammessa la separazione perderà il diritto a tutti i lucri che il consorte gli aveva accordati sia nel contractto matrimoniale sia dopo il matrimonio.

Art. 229. Il conjuge chez avrà ollenuto la separazione, conserverà i

La persistance *de la majorité des Cours royales sur cette importante question a enfin triomphé.* La Cour de cassation saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour royale de Caen du 22 avril 1839, avait cassé l'arrêt le 22 décembre 1842, et renvoyé la cause devant la Cour de Rennes, qui, par arrêt du 20 juillet 1843, avait adopté l'opinion de la Cour de Caen et avait décidé comme elle que la séparation de corps avait emporté la révocation des donations contractuelles faites par l'époux demandeur à son conjoint; que d'ailleurs ces donations étaient révocables pour cause d'ingratitude.

Ce second arrêt dénoncé aussi à la Cour de cassation, y a été discuté, chambres réunies; et par arrêt du 23 mai 1845, contre l'avis du procureur-général Dupin, cette Cour a déclaré, en rejetant pourvoi, que la donation contenue au contrat de mariage avait été révoquée de plein droit par la séparation de corps; ce qui rendait inutile l'examen de la question de révocation pour cause d'ingratitude, contre laquelle s'était aussi prononcé M. le procureur-général.

Depuis, par arrêt du 15 juin 1845, la Cour suprême a consacré sa nouvelle jurisprudence sur cette importante question qui paraît aujourd'hui définitivement résolue dans le sens de la révocation de plein droit. (V. ces arrêts divers dans le Journal de Sirey, t. 43. 1. 727 et 729; t. 45. 1. 321, et t. 46. 1. 52.)

lucri accordatigli d'all' altro conjuge, quantunque essi fossero stati stipulati reciprocamente e la reciprocanza non abbia luogo.

Le Code de la Louisanne, art. 152, et le Code hollandais, art. 278 et 301 privent aussi des avantages matrimoniaux l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée.

Section V.

Comment cesse la séparation de corps et quelles sont les suites de cette cessation?

SOMMAIRE.

1450. *La réunion des époux fait cesser les effets de la séparation de corps; mais il faut le consentement des deux époux.*
1451. *Celui qui a fait prononcer la séparation pourrait-il par sa seule volonté la faire cesser?*
1452. *Controverse sur cette question. — Arrêt.*
1453. *Par la réunion la femme rentre sous la puissance maritale.*
1454. *Tous les actes qu'elle a faits pendant la séparation sont maintenus.*
1455. *Pour rétablir la communauté préexistante il faut un nouvel acte notarié et affiché.*
1456. *Elle doit être rétablie aux mêmes conditions que lors du mariage.*

1450. La séparation de corps cesse par la réunion des époux.

Mais cette réunion ne peut s'opérer par la volonté d'un seul. Il faut que la volonté de l'un et de l'autre y concoure; qu'il y ait non-seulement pardon absolu de la part de l'époux offensé qui a obtenu la séparation, mais encore repentir de la part de celui qui a fait l'offense, désir de réparer ses torts, et résignation absolue dans l'époux contre lequel la peine de la séparation de corps a été prononcée. Sans ce sacrifice réciproque fait par l'un de l'injure qu'il a reçue, fait par l'autre de l'irritation qu'ont dû lui faire éprouver des poursuites et une condamnation quelque méritées qu'elles soient, la réconciliation ne peut être parfaite et la réunion ne peut être exigée.

1451. En vain prétendrait-on qu'il doit dépendre de l'époux demandeur de renoncer à l'exécution du jugement qu'il a fait rendre; en vain argumenterait-on, par exemple, des dispositions de l'art. 309 qui autorisent le mari, dans

le cas de l'adultère de la femme, à arrêter les effets de la condamnation, à lui faire grâce et à la reprendre, il faut aussi que la femme consente à accepter cette grâce et à rentrer dans le domicile marital ; elle peut se refuser à se placer de nouveau sous la puissance de l'époux qui l'a publiquement flétrie ; elle peut s'y refuser même en profitant du bienfait de la remise de la condamnation ; elle peut s'y refuser en principe comme en morale.

En principe ; car si d'après l'art. 309 le mari peut consentir à reprendre sa femme, cet article ni aucune autre disposition de la loi n'obligent la femme a consentir elle-même à revenir auprès de lui. La volonté du mari ne peut enchaîner la volonté de la femme. Il est de règle élémentaire que tout jugement rendu entre deux parties appartient à l'une comme à l'autre, qu'il établit un droit en faveur de chacune d'elles, et que chacune peut en invoquer les dispositions dont elle veut user comme elle est obligée de se soumettre à celles dont elle désirerait s'affranchir.

Ainsi tout jugement de séparation de corps, quels que soient les motifs qui lui aient servi de base, ayant relâché et presque dissous les liens du mariage, ayant rendu à chaque époux la liberté dont il était privé par la loi et lui ayant attribué le droit de vivre séparé, ce droit qu'il tient des tribunaux, ce droit dont il a été saisi par l'autorité de la chose jugée, ce droit est irrévocable en sa faveur, qu'il ait été demandeur ou défendeur en séparation ; ce droit il ne peut le perdre que de son consentement en l'abdiquant par une réconciliation parfaite et une réunion spontanée.

Sur ce point les principes de la législation sont en harmonie avec les saines idées de la morale.

N'y aurait-il pas, en effet, quelque chose de monstrueux que de contraindre l'époux défendeur en séparation de corps à se réunir, quelle que fût sa répugnance, à celui qui l'aurait repoussé devant les tribunaux ?

Ne serait-ce pas le livrer à une torture morale, inces-

sante, que de le forcer à être continuellement en face d'un époux qui aurait des torts graves à lui reprocher, et à être exposé, à chaque heure, à chaque instant, à des allusions poignantes, peut-être même à des expressions amères qui lui rappelleraient ses fautes ; et quelle union nouvelle pourrait se former, quel calme même pourrait exister entre deux époux qui, après avoir été séparés avec un triste éclat, se rapprocheraient sans une volonté commune, et seulement par l'ordre impérieux de l'un et la résignation contrainte de l'autre?

Il y aurait immoralité dans la loi qui imposerait un tel rapprochement.

Reconnaissons donc que la séparation de corps ne peut cesser que du consentement unanime des deux époux, et qu'il ne suffit pas que l'offensé offre le pardon, qu'il faut encore que l'offenseur l'accepte avec reconnaissance et qu'une réconciliation absolue puisse faire espérer aux deux époux que l'offense et la répression sont également oubliées et effacées entr'eux.

1452. L'opinion que nous venons d'émettre a des contradicteurs et même assez nombreux; mais elle a aussi beaucoup de partisans et d'un grand poids.

Les contradicteurs se sont principalement fondés sur l'article 309 du Code civil. Cet article leur a paru supposer en principe que la séparation cesse aussitôt que le demandeur y renonce.

Mais ce prétendu principe n'est écrit dans aucun texte de loi. Cependant une règle aussi importante, aussi grave, aussi absolue, ne doit pas être établie par de simples inductions, par des présomptions plus ou moins directes.

Une disposition formelle doit être nécessaire pour renouer le lien qui avait été dissous par la séparation, et pour contraindre l'époux séparé à une cohabitation dont il avait été affranchi.

Au reste l'art. 309 est conçu seulement en termes facul-

tatifs pour le mari, et non en termes impératifs pour la femme.

Remarquons même que cet article ne s'occupe que d'un seul cas, celui d'une condamnation fondée sur l'adultère de la femme.

Comment donc pourrait-on en faire résulter une règle générale qui, s'appliquant à toutes les causes de séparation de corps, et à la femme comme au mari, autoriserait, dans tous les cas, l'époux demandeur à exiger la réunion en renonçant à la condamnation obtenue? Et cependant s'il n'y a pas de règle générale sur la question, comment pourrait-on sans un texte positif supposer l'existence d'une règle même particulière restreinte au seul cas prévu dans l'art. 309?

« Mais, dit-on, la séparation de corps ne dispense de la cohabitation que l'époux qui l'obtient. L'autre époux y demeure assujetti. Ses torts ne doivent pas être pour lui un titre pour se soustraire à ses obligations. »

L'observation n'est pas exacte; elle ne roule que sur une confusion d'idées et de position.

La séparation de corps est indivisible; elle ne peut exister pour l'un et ne pas exister pour l'autre. L'époux demandeur ne peut être assujetti à la cohabitation, l'époux demandeur en étant affranchi.

S'il est vrai que les torts de l'un des époux ne doivent pas être pour lui un titre pour se soustraire à ses devoirs, cette vérité morale et législative ne peut être invoquée qu'avant le jugement qui a prononcé la séparation.

Sans doute, jusqu'à ce jugement, l'époux demandeur peut oublier l'injure; il peut renoncer à ses droits; il peut ne pas provoquer la punition de la faute, et par conséquent ne pas faire prononcer la séparation.

Dans ce cas le silence, l'oubli, le pardon, si l'on veut, de l'époux outragé, laissent subsister les liens du mariage dans toute leur force primitive. L'autre époux ne peut, pour les relâcher, argumenter de ses propres torts. Il ne lui est pas permis de se soustraire à ses obligations.

Mais pourquoi ?

Parce que sa position n'est pas changée, parce que les mêmes devoirs sont imposés à l'autre époux, parce qu'il y a identité de sort comme communauté d'obligations.

Mais lorsque l'un des époux a exercé l'action que lui accordait la loi, lorsqu'il a demandé aux tribunaux de le venger des injures qui lui avaient été faites, lorsqu'il a fait prononcer une condamnation contre le coupable, et qu'un jugement a ordonné la séparation de corps, alors la position des époux n'est plus la même, les nœuds du mariage sont en quelque sorte rompus, les devoirs, qui empruntaient de leur réciprocité leur principale force, doivent être considérés comme éteints. Et comment la cohabitation qui est le premier de ces devoirs pourrait-elle être exigée par l'un, tandis que l'autre n'aurait pas le droit de la réclamer? Au reste cette exigence est repoussée par la puissance du jugement de séparation, par cette autorité de la chose jugée, si grave, si irréfragable, à laquelle n'ont pas fait assez d'attention les partisans de l'opinion contraire, par cette autorité qui protége le défendeur comme le demandeur, qui est la loi de toutes les parties, aux avantages de laquelle aucune d'elles ne peut être obligée de renoncer, et qui ne peut être détruite que par un consentement libre et par un consentement commun.

Cette question importante, si controversée entre les auteurs, a été jugée, conformément à notre opinion, par la Cour d'Angers d'abord, par la Cour de cassation ensuite, dans l'espèce même d'une séparation de corps ordonnée contre la femme pour cause d'adultère.

Le jugement avait reçu son exécution, et la femme avait subi la peine d'un emprisonnement de trois mois.

Plus tard, le mari notifia à son épouse un acte par lequel il lui déclarait que « prenant conseil de sa sollicitude pour » ses enfants et désirant faire cesser la séparation de corps » prononcée à son profit par le jugement, il consentait à la » reprendre. »

La femme répondit qu'elle ne consentait pas à la cessation de la séparation de corps qui lui était offerte par son mari.

Le mari succomba devant le tribunal civil et devant la Cour d'Angers, et son pourvoi devant la Cour de cassation fut rejeté par un arrêt du 3 février 1841 dont voici les motifs :

« Attendu qu'il résulte essentiellement des principes relatifs à la chose jugée, que les décisions qui en ont obtenu l'autorité, sont irrévocablement acquises à toutes les parties qui y ont figuré, et que toutes peuvent respectivement s'en prévaloir, quelle que soit la qualité dans laquelle elles y ont procédé ;

» Attendu qu'à la vérité l'art. 327 du Code pénal dispose que le mari est le maître d'arrêter l'effet de la condamnation correctionnelle prononcée contre sa femme pour cause d'adultère en consentant à la reprendre ; que d'un autre côté l'art. 309 du Code civil confirme au mari le même droit, alors même qu'une condamnation contre la femme pour la même cause est la suite d'une séparation de corps prononcée contr'elle ; mais que ces dispositions fondées sur la faveur due au mariage doivent être maintenues dans les limites où la loi les renferme, et que le pouvoir donné au mari d'arrêter les effets de la condamnation prononcée contre la femme convaincue d'adultère, en consentant à la reprendre, ne saurait constituer pour le mari le droit de reprendre la femme et de faire cesser la séparation, alors que, comme dans l'espèce, la femme a subi sa peine et que sa condamnation a produit tous ses effets (1). »

L'espèce de l'arrêt ne présentait pas, il est vrai, la question en thèse aussi générale que celle que nous avons examinée, et le mari, qui avait à se reprocher d'avoir laissé subir à sa femme la peine prononcée contr'elle, était peu favorable dans l'offre d'un pardon tardif qu'une punition sévère avait précédé.

(1) Voir cet arrêt dans le Journal de Sirey, t. 41. 1. p. 97 et suiv.

Mais cet arrêt se fonde principalement sur l'autorité de la chose jugée, et sur le principe qui veut que la chose jugée *soit irrévocablement acquise à toutes les parties qui y ont figuré, et que toutes puissent respectivement s'en prévaloir.*

Or, que la peine ait été ou non subie par la femme, la chose jugée n'en subsiste pas moins devant la loi, et par conséquent la femme condamnée et séparée de corps a le droit de se prévaloir de la séparation que la justice a prononcée.

Ajoutons même que c'est surtout la condamnation qui flétrit; que cette flétrissure est peu aggravée par l'exécution de la peine, et que ce serait préparer à l'épouse un supplice intolérable que de la contraindre, malgré sa résistance, à se réunir à l'homme qui a rendu public son déshonneur, et qui l'a avilie par une condamnation judiciaire (1).

1453. Lorsque la séparation de corps vient à cesser par la renonciation ou la réunion des époux, la femme rentre sous la puissance maritale et redevient soumise quant à sa personne à tous les effets du mariage.

1454. Mais les actes qu'elle a faits valablement pendant la durée de la séparation conservent toute leur force et doivent être régis d'après la capacité qu'elle avait alors, et conformément aux pouvoirs que cette capacité lui attribuait.

Ainsi tous les actes d'administration, tels que les baux

(1) Voir dans le sens de notre opinion pour l'ancien droit, Pothier, *de la Communauté*, n° 526; Rousseau-Lacombe, Jurisprudence civile, *v° Séparation*, partie 1re n° 20; Fournel, *Traité de l'adultère*, p. 144 et suiv.; et pour le nouveau droit, Villemartin, *Etudes du droit français*, t. 3, p. 101, n° 7; Zachariæ et ses annotateurs: MM. Aubry et Rau, *Cours de droit français*, t. 3, p. 378; Massol, *de la Séparation de corps*, p. 350, n° 3.

Contrà, voir dans l'ancien droit Henrys, t. 3, p. 751; Brower, jurisconsulte hollandais, Traité *de jure connubiorum apud Batavos*; d'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, chap. 6, n° 35. — Dans le nouveau droit, Delvincourt, t. 1, p. 77; Duranton, *Droit civil*, t. 2, p. 566; Favard de Langlade, Répert., *v° Séparation entre époux*, sect. 2, § 1; Locré, *Esprit du Code civil*, t. 4, p. 196; Dalloz, Recueil alph., *v° Séparation de corps*, chap. 1er, sect. 3.

de ferme qu'elle aurait consentis, doivent être maintenus, les quittances qu'elle aurait fournies pour des capitaux seraient à l'abri de toute critique. Car, même sous le régime dotal, la réception des capitaux est considérée comme un acte d'administration,

Les aliénations même qu'elle aurait faites sous le régime de la communauté seraient valables si elle avait obtenu, à défaut de l'autorisation de son mari, celle de la justice.

1455. Mais la communauté existante entre les époux avant leur séparation de corps, et que cette séparation aurait dissoute comme le déclare l'article 311 du Code civil, ne serait pas rétablie par le seul fait de leur réconciliation et de leur cohabitation. Pour lui donner une nouvelle vie, un acte serait nécessaire entre les époux. Cet acte devrait être passé devant notaires et porter minute. Une expédition devrait en être affichée dans la forme prescrite par l'art. 1445.

1456. La communauté ne pourrait cependant être rétablie que sous les mêmes conditions que celles qui la réglaient antérieurement à la séparation de corps.

L'effet du nouvel acte ainsi rendu public serait de remettre les choses au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes régulièrement faits par la femme pendant la durée de la séparation. (Voir l'article 1451 du Code.)

Nous nous bornerons à ces courtes observations sur les effets de la cessation de la séparation de corps; celles que nous pourrions y ajouter seraient plus applicables à l'administration et à la disposition des biens qu'aux droits personnels des époux; elles seront donc plus naturellement placées dans le Traité du contrat de mariage qui doit être l'objet de la seconde partie que nous nous proposons de publier.

FIN DU TOME SECOND ET DERNIER.

TABLE

DES

Titres, Chapitres, Sections et Paragraphes

DU VOLUME.

Pages.

TITRE V.

De l'influence du mariage sur l'état des enfants nés des deux époux ou de l'un d'eux, ou sur celui des enfants adoptifs.

CHAPITRE PREMIER.

De la légitimation des enfants naturels. 1

CHAPITRE II.

De la filiation légitime. 60

SECTION PREMIÈRE.

Règles fondamentales sur la filiation légitime. 61

SECTION II.

Des exceptions aux règles fondamentales de la filiation légitime, ou des cas auxquels cette filiation peut être contestée. 68

§ Ier. De l'action en désaveu et des cas où elle est autorisée. 69

§ II. De l'action en désaveu; des personnes auxquelles elle appartient; de celles à qui elle est interdite. 111

§ III. Délais dans lesquels l'action doit être intentée par le mari. 121

§ IV. De la forme du désaveu et de ses effets. 141

SECTION III.

Des moyens de prouver la filiation légitime. 151

§ Ier. De la preuve résultant des registres publics. 152

§ II. De la preuve de la filiation légitime résultant de la possession d'état. 162

§ III. De la preuve par témoins pour constater la filiation légitime. 193

SECTION IV.

De l'action en réclamation d'état. 210

§ Ier. Des personnes auxquelles appartiennent les actions en réclamation d'état. 211

Pages.

§ II. Des personnes qui peuvent contester la réclamation d'état. 236

§ III. Des tribunaux devant lesquels doivent être portées les réclamations d'état. 244

CHAPITRE III.

De la reconnaissance d'un enfant naturel et de l'adoption pendant le mariage. 254

SECTION PREMIÈRE.

De la reconnaissance des enfants naturels pendant le mariage. 254

SECTION II.

De l'adoption et de la tutelle officieuse pendant le mariage. 279

TITRE VI.

Des obligations et des droits qui naissent du mariage.

Division du titre 6 en deux chapitres, l'un relatif aux époux entr'eux; l'autre concernant les époux et les enfants.

CHAPITRE PREMIER.

Des droits, des devoirs et des avantages des époux entre eux. — Division en deux sections. 339

SECTION PREMIÈRE.

Des obligations et des devoirs des époux entre eux. 340

SECTION II.

De l'autorisation nécessaire à la femme pour ester en jugement et pour contracter. 361

§ Ier. De l'autorisation nécessaire à la femme pour ester en jugement. 363

§ II. De l'autorisation nécessaire à la femme pour contracter. 376

§ III. Des formes de l'autorisation et des cas où le mari ne veut ou ne peut autoriser. 402

§ IV. Effets de l'autorisation et conséquences du défaut d'autorisation. 442

CHAPITRE II.

Droits et avantages respectifs qui, entre les époux, résultent de leur qualité. 446

SECTION PREMIÈRE.

Des droits attribués aux époux par la loi même. 447

Pages.

SECTION II.

De la faculté de disposer entre époux. 458

CHAPITRE III.

Droits et obligations qui résultent du mariage à l'égard des enfants qui en sont provenus. 512

SECTION PREMIÈRE.

Des droits des père et mère sur les enfants nés du mariage. 512

§ Ier. De la puissance paternelle. La puissance paternelle doit être considérée : Dans son origine et ses caractères, dans les personnes auxquelles elle appartient, dans sa durée, enfin dans ses effets. 513

Art. I. De l'origine et des caractères de la puissance paternelle. 513

Art. II. Des personnes investies de la puissance paternelle, et de sa durée. 516

Art. III. Des effets de la puissance paternelle.

Premier effet de la puissance paternelle. Interdiction à l'enfant de quitter le domicile paternel. 524

Second effet de la puissance paternelle. Droit de correction. 528

Troisième effet de la puissance paternelle. Dépendance des enfants pour leur éducation et pour l'état qu'ils doivent prendre. 546

Quatrième effet de la puissance paternelle. Usufruit légal. 551

§ II. De la tutelle des enfants légitimes. 576

PREMIÈRE SUBDIVISION.

Des tutelles des père et mère. 584

DEUXIÈME SUBDIVISION.

De la tutelle déférée par le père ou la mère. 618

TROISIÈME SUBDIVISION.

De la tutelle des ascendants. 629

SECTION II.

Des obligations qui naissent du mariage entre les ascendants et les descendants. 634

§ Ier. De l'obligation de fournir aux besoins des descendants et à ceux des ascendants.

Art. I. Des obligations des ascendants, et notamment des père et mère. 635

PREMIÈRE SUBDIVISION.

A qui les aliments sont-ils dus, et qui les doit? 638

Pages.

DEUXIÈME SUBDIVISION.

Solidarité de la dette. 642

TROISIÈME SUBDIVISION.

Etendue de la dette. *Ibid.*

QUATRIÈME SUBDIVISION.

Mode du paiement de la dette. 645

CINQUIÈME SUBDIVISION.

Extinction de la dette. 650

SIXIÈME SUBDIVISION.

Inaliénabilité et insaisissabilité de la dette. 657

ART. II. Des obligations des descendants envers les ascendants, quant aux besoins. 659

§ II. De la réserve légale. 660

PREMIÈRE SUBDIVISION.

De la quotité de la réserve légale et de ceux qui y on droit. 664

DEUXIÈME SUBDIVISION.

Des biens qui doivent contribuer à la réserve. 686

TROISIÈME SUBDIVISION.

Des valeurs à imputer sur la réserve légale, des dispositions à réduire, et par qui la réduction peut être demandée ? 696

TITRE VII.

De la dissolution du mariage et de la séparation de corps.

CHAPITRE PREMIER.

De la dissolution du mariage.

SECTION PREMIÈRE.

Des causes de la dissolution du mariage. 641

SECTION II.

Des effets de la dissolution du mariage produite par la mort civile. 747

CHAPITRE II.

De la séparation de corps. 753

SECTION PREMIÈRE.

Des causes de la séparation de corps. 757

§ Ier. De l'adultère. 761

Pages.

§ II. Des excès, sévices ou injures graves. 767
§ III. De la condamnation à une peine infamante. 775

SECTION II.

Des fins de non recevoir contre la demande en séparation de corps. 780

SECTION III.

De la procédure en séparation de corps et des mesures provisoires à prendre. 787
§ Ier. De la procédure en séparation de corps. 788
§ II. Des mesures provisoires pendant l'instance en séparation. 801

SECTION IV.

Des effets de la séparation de corps. 807
§ Ier. Des effets de la séparation de corps. 808
Art. I. De l'effet de la séparation de corps, quant aux enfants. 808
Art. II. Des effets de la séparation de corps quant à la personne des époux. 812
Art. III. Des effets de la séparation de corps quant aux biens des époux. 818

SECTION V.

Comment cesse la séparation de corps, et quelles sont les suites de cette cessation. 833

FIN DE LA TABLE.

TABLE GÉNÉRALE,

ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE

DES MATIÈRES CONTENUES DANS LES DEUX VOLUMES DU TRAITÉ DU MARIAGE.

Le chiffre romain indique le tome ; la lettre p, *suivie d'un chiffre arabe, indique la page.*

ABSENT, ABSENCE.

— Il peut seul demander la nullité d'un second mariage contracté par son conjoint pendant l'absence. I, p. 59.

— Absence des ascendants, dispense de leur consentement par le mariage ; comment on y supplée. I, p. 217 et suivantes, 253 et suivantes.

— De l'autorisation de la femme en cas d'absence présumée ou déclarée du mari. II, p. 415.

— Délai accordé à l'absent pour le désaveu d'un enfant. II, p. 129 et suivantes.

ACTES RESPECTUEUX. I, p. 221.

— Ancien droit. Peines en cas d'omission. I, p. 222.

— Nouveau droit. Leur nombre suivant l'âge de l'enfant. I, p. 223 et suivantes.

— Leur forme et à qui doivent-ils être signifiés ? I, p. 225.

— Ils sont nécessaires même après un premier mariage. I, p. 227.

— Ils doivent être faits à la mère ou à l'aïeule quoique le père ou l'aïeul consentent au mariage. I, p. 227, 228.

— Quel doit être leur intervalle. I, p. 229.

— L'enfant peut ne pas y être présent en personne. I, p. 231 et suivantes.

— Le notaire qui les fait a-t-il besoin d'une procuration spéciale, et en faut-il une nouvelle pour chaque acte ? I, p. 235 et suiv.

— L'enfant qui s'est retiré chez sa future est-il censé libre ? I, p. 237.

— Termes de l'acte doivent être respectueux : cependant les mots sommation ou réquisition peuvent-ils être employés ? I, p. 239 à 240.

— L'acte doit constater le refus de consentir ou l'absence. I, p. 241.

— A qui doit être remise la copie ? I, p. 243 à 245.

— *Quid*, si les ascendants ne peuvent manifester leur volonté ? I, p. 247.

— De l'omission des actes respectueux. (V. aux mots opposition aux mariages ou nullité.)

ADOPTION, ENFANT ADOPTIF.

— L'enfant adoptif doit obtenir le consentement de ses père et mère naturels pour se marier. I, p. 263.

— Lui faut-il celui du père adoptif ? I, p. 264.

— De l'adoption pendant le mariage des adoptants. II, p. 280.

— L'adoption était usitée chez les anciens peuples. II, p. 281 et suivantes.

— Son usage chez plusieurs nations modernes. II, p. *Ibid.*

— Admise en France par le droit intermédiaire. II, p. 283.

— Difficultés au Conseil d'État sur les personnes et l'âge. II, p. 285.

— Elle n'est permise à un époux que du consentement de son conjoint. II, p. 286.

— Autres conditions générales. II, p. 287.

— L'adoptant doit jouir en France des droits civils. II, p. 287 et suiv.

— Conditions prescrites à l'adopté. II, p. 290.
— Consentement ou conseil de ses père et mère nécessaire. II, p. 294 à 295.
— *Secus* s'ils sont absents. II, *Ibid.*
— Celui des aïeux n'est pas requis II, p. 295.
— De l'adoption de la même personne par deux époux. II, p. 296.
— Un époux peut être adopté sans le consentement de son épouse. II, p. 297.
— Mais l'épouse doit être autorisée par le mari ou la justice. II, p. 298.
— De l'adoption rémunératoire et et de ses cas. II, p. 299 et suiv.
— De ses conditions. II, p. 299.
— Des consentements prescrits. II, *Ibid* et 300.
— L'existence d'enfants naturels reconnus ne s'oppose pas à l'adoption, en général. II, p. 300 à 301.
— Le même individu peut adopter les deux époux. II, p. 301.
— Peut-on adopter ses enfants naturels reconnus? Controverse. — Solution pour l'affirmative. II, p. 302 à 322.
— L'adoption peut être attaquée par les héritiers collatéraux. II, p. 323.
— L'adoption est nulle si à sa date il y a conception d'un enfant légitime. II, p. 324.
— De la présomption légale de la conception. II, p. 324 à 325.
— L'adoption subsiste malgré la naissance d'un enfant né d'un mariage postérieur. II, p. 326.
— L'adoption est-elle révocable. Controverse. II, p. 317 à 330.
— Formes de l'adoption entre-vifs. p. II, 330.
Formes de l'adoption testamentaires. II, p. 331 à 336.
— De la tutelle officieuse, ses conditions. II, p. 332 à 333.
— Des effets de l'adoption, droit de successibilité. II, 336 à 338.
— Elle ne révoque pas mais réduit les donations entre-vifs. II, p. 338
— Elle n'empêche pas le retour conventionnel. II, p. 358.
— L'adoption est un empêchement au mariage; entre qui? I, p. 95 et suivantes.

ADULTÈRE.

— Accompagné de circonstances aggravantes il formait un empêchement dirimant au mariage dans l'ancien droit I, p. 119.
— Droit ancien et droit nouveau sur cet empêchement. I, p. 121.
— Peine contre l'adultère de la femme. II, p. 344, 812.
— Le mari peut renoncer à la condamnation. II, p. 814.
— L'adultère est une cause de séparation de corps. II, p. 761-766.
— De l'adultère du mari. — Circonstances exigées. II, p. 763. *Ibid.*
— Preuves de celui de la femme. II, p. 764.

AFFINITÉ.

— L'affinité en ligne directe est un empêchement au mariage. I, p. 72 et suiv.
— Même l'affinité naturelle prouvée légalement. I, 75 et suiv.
— En ligne collatérale elle n'est un empêchement qu'au degré de frère et sœur, *s'il n'y a dispense.* I, p. 84 et suiv.

ÂGE.

— De l'âge pour le mariage. I, p. 50 et suiv.
— Des dispenses d'âge. — Qui les accorde? I, 51 et suiv.

ALIMENTS.

— En ligne directe, les aliments sont dus par les ascendants aux descendants, enfants, petits-enfants, gendres et belles-filles. II, p. 635.
— Il y a réciprocité de devoirs. II, p. 635, 638.
— Les aliments dus aux descendants comprennent les frais d'éducation. II, p. 636, 651.
— Ils ne sont pas dus à la belle-mère qui convole. II, p. 639.
— Mais ils sont dus au beau-père, même dans ce cas. II, p. 651.
— L'obligation cesse par la mort de la personne qui produit l'affinité. II, p. 651.

— Ils ne sont pas dus entre alliés au degré de petit-fils. II, p. 641.
— Ils sont dus par le fils naturel et par le fils adoptif au père, et réciproquement. II, p. 641.
— La dette est-elle solidaire? — Controverse. II, p. 645, 657.
— Etendue de la dette. — L'absolu et le relatif. II, p. 643.
— Mode du paiement de la dette. — Suivant les positions. II, p. 645.
— Il n'est rien dû à l'enfant pour son établissement. II, p. 649.
— Des aliments sont dus même à l'indigne de succéder. II, p. 654.
— La mort civile du créancier n'éteint pas la dette. II, p. 654.
— Elle continue même après la mort du débiteur contre ses héritiers. II, p. 656.
— Elle continue en faveur de l'enfant qui se marie sans le consentement de son père. II, p. 656.
— La dette d'aliments est incessible et insaisissable. II, p. 657, 658.
— *Sceus* de pensions alimentaires conférées à titre de libéralité ou réservées par un donateur ou un vendeur. II, p. 658.

AUTORISATION DES FEMMES MARIÉES.

—Elle est nécessaire pour ester en jugement. Droit ancien. II, p. 362.
— Doit être donnée par le mari ou par la justice. II, p. 363.
—Droit actuel; motifs de l'autorisation. II, p. 364 à 366.
— Elle est nécessaire à la femme même pour plaider comme tutrice. II, p. 367.
—Même pour défendre à une expropriation. II, p. 367.
—Ou pour former une demande incidente ou dans un ordre. II, p. 369.
—Pour un appel ou un pourvoi il faut une nouvelle autorisation. II, p. 372 à 375.
—La femme en a besoin même pour une instance antérieure au Code, sur ses biens paraphernaux. II, p. 374.
— Elle n'en a pas besoin pour défendre au criminel ou en police. II, p. 374 à 376.
—L'autorisation lui est nécessaire pour contracter. II, p. 377 et suivantes.
—Pour acquiescer à une demande ou s'en désister. II, p. 381.
—Quoiqu'elle en fût dispensée autrefois. II, p. 382.
— Elle n'en a pas besoin pour prêter un serment judiciaire. II, p. 381.
— *Quid* si elle s'oblige pour ou envers le mari? II, p. 384 à 388.
— En a-t-elle besoin pour aliéner ses capitaux mobiliers? II, p. 391 à 392.
— Elle ne peut aliéner sa dot mobilière. II, p. 392 à 393.
— Elle peut sans autorisation faire des actes conservatoires. *Ibid.* p. 393-394.
— La marchande publique s'oblige sans autorisation. II, p. 395.
— Quelle est-elle? oblige-t-elle son mari et par corps? *Ibid*, p. 396.
— Autres cas où la femme s'oblige quoique non autorisée. — Quasi contrats. — Délits. — Quasi délits. II, p. 398.
— Peut tester sans autorisation. *Quid* d'un testament fait sous une loi qui l'exigeait? II, p. 399 et suivantes.
— Elle n'en a pas besoin pour révoquer un testament. II, p. 401.
— Ni pour donner au mari ou révoquer une donation à lui faite. II, p. 402.
— L'autorisation peut aujourd'hui être tacite. II, p. 403.
— L'autorisation tacite résulte d'une procédure conjointement faite. II, p. 404.
— Ou d'une action intentée contre la femme par le mari. II, p. 405.
— Ou du concours du mari dans un acte. II, p 406.
— La ratification postérieure du mari est sans effet sans le concours de la femme. II, p. 406-407.
— Au refus du mari, l'autorisation émane du tribunal; formalités à remplir. p. II, 408-409.

— *Quid* si le mari est dans un état d'impossibilité physique ou légale? II, p. 411-414.
— S'il est pourvu d'un conseil judiciaire, s'il est absent? II, p. 415.
— Du cas où le mari est mineur. II, p. 417.
— De celui où les deux époux sont mineurs. II, p. 418. *Ibid.*
— De l'autorisation nécessaire pour agir en séparation. II, p. 420.
— Si le mari, refusant ou ne pouvant autoriser, le tribunal refuse l'autorisation, la femme peut interjeter appel. II, p. 421.
— De l'effet de l'autorisation ou de son absence. II, p. 422 et suiv.
— Elle n'ajoute rien à la validité de l'acte en lui-même.
— Effet de l'autorisation du mari quant aux frais. II, p. 424.
— Il n'en doit pas si le juge seul autorise. II, p. 427.
— La femme séparée peut sans autorisation toucher ses capitaux. II, p. 427.
— Le mari qui autorise est garant du défaut d'emploi du prix des immeubles. II, p. 428.
— La nullité résultant du défaut d'autorisation peut être opposée par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers. II, p. 429.
— A moins qu'il n'y eût eu condamnation et que le délai d'appel ne fût expiré. II, p. 430-432.
— Mais si le mari n'a pas été partie au jugement, il peut y former tierce-opposition. II, p. 433.
— Le mari peut renoncer à la nullité, mais non la femme sans le concours du mari. II, p. 434-435.
— Cette nullité se prescrit par 10 ans depuis la dissolution du mariage. II, p. 435.
— *Secus* si l'obligation n'a pas été exécutée. II, p. 436.
— *Quid* si le mariage a été tenu secret? p. 438.
— La nullité est elle absolue, ou relative au mari, à la femme et à leurs héritiers? II, p. 441 à 446

BIGAMIE.

— Elle produit une nullité absolue et irréparable. I, p. 535.
— Le bigame lui-même peut l'opposer. *Ibid.*
V. *Mariage putatif.*
— Il n'y a pas bigamie si le divorce a été prononcé avant la loi de 1816. I, p. 63.
— *Secus* si la prononciation du divorce n'a pas eu lieu. I, p. 64.
— Etranger divorcé avec une étrangère peut-il se marier en France? I, p. 65 et suiv.
— Si le mort civilement se remarie il n'y a pas bigamie. I, 1er.

BONNE FOI.

Voyez *Mariage putatif.*

CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

— En France il doit être célébré dans la commune du domicile de l'un des époux. I, p. 337.
— Délai nécessaire entre les publications et la célébration. I, p. 371.
— Le domicile s'établit par six mois de résidence. I, p. 338 et suiv.
— Quel est le domicile des mineurs et des interdits? I, p. 340.
— Peut-on le célébrer au domicile réel s'il n'est pas celui de la résidence? — Controverse et solution négative. I, p. 340.
— *Quid* si le domicile de résidence avait varié? I, p. 343.
— *Quid* si le domicile avait été changé depuis moins de six mois? I, p. 344 à 345.
— Le mariage est célébré à la maison commune. I, p. 373.
— Il doit l'être par l'officier public de cette commune. I, p. 373.
— De l'incompétence de l'officier public. (V. au mot *Nullité.*)
— Pièces à produire à cet officier. I, p. 375 à 377.
— Comment supplée-t-on à l'absence ou à l'erreur des actes de naissance des futurs? I, p. 378 à 380.
— Rédaction de l'acte et énonciations qu'il doit contenir. I, p. 381.
— Nombre et qualités des témoins de l'acte. I, p. 385 à 387.
— Des mariages célébrés pour des

Français en pays étrangers. I, p. 396 et suiv.
— Il fallait autrefois le consentement des curés des Français. I, p. 398, 406.
— Les règles et usages admis en pays étrangers suffisent aujourd'hui. I, p. 400.
— Aujourd'hui les agents diplomatiques ou les consuls peuvent les célébrer entre Français. I, p. 403.
— Entre Français et étrangers ou entre Français ils peuvent être célébrés par les officiers civils du lieu, et suivant les lois du pays. I, p. 404, 409.
— Entre Français ils peuvent l'être par les agents diplomatiques Français, suivant les lois françaises I, p. 406.
— Mais formalités à observer en France avant et après le mariage. I, p. 412 à 416.
— Leur observation est-elle de rigueur? I, p. 416 à 424.
— *Quid* si l'étrangère manque de la capacité exigée en France. I, p. 425.
— L'étranger ne peut se marier en France suivant les formes de son pays. I, p. 427.

CONSENTEMENT DES FUTURS POUR LE MARIAGE.

— Il était exigé par le droit romain; il l'est par les lois françaises. I, p. 137.
— Il est nul s'il n'est éclairé et libre. I, p. 138.
— L'erreur et le dol le vicient. I, p. 139.
— Caractère de l'erreur. I, p. 140.
— L'erreur sur la personne annule le consentement. I, p. 141 à 146.
— Lorsqu'elle porte sur les qualités physiques ou civiles. I, p. 147 à 148.
— Mais non lorsqu'elle porte sur les qualités morales seulement. I, p. 149 et suiv.
— Le changement physique ou civil, survenu depuis le mariage, ne vicie pas le consentement. I, p. 150 à 151.
— La violence est une cause de nullité. — Ses caractères. I, p. 152 à 153.
— De l'enlèvement et du recel. — Droit ancien. I, p. 154.
— De la violence considérée dans sa gravité. I, p. 155 à 156.
— De la violence considérée d'après les personnes. I, p. 159.
— De la violence exercée par un tiers, mais étrangère au conjoint. I, p. 161.
— Des craintes personnelles sans violence. I, p. 162 à 163.
— De la crainte révérentielle. I, p. 163 à 164.
— Des insensés. I, p. 165.
— Des interdits. I, p. 167 et 172.
— *Quid* si l'interdiction pour démence n'était pas connue? I, p. 168 à 169.
— Les héritiers du conjoint pourraient-ils attaquer le mariage? I, p. 170.
— Les prodigues et le pourvu d'un conseil judiciaire peuvent se marier. I, p. 171.
— *Quid* des sourds et muets?

CONSENTEMENT DES ASCENDANTS.

— Droit ancien. I, p. 181 à 184.
— Droit actuel. I, 185 et suiv. 250.
— Jusqu'à quel âge est-il exigé? I, p. 187 et suiv.
— La mère, quoique le père existe, doit être consultée. I, p. 190 et s.
— Mode du consentement. I, p. 194 et suiv.
— La procuration pour le donner doit être authentique. I, p. 195 et suiv.
— Le consentement aux conventions matrimoniales suffit-il? I, p. 200.
— Le refus de consentement est-il un obstacle absolu? I, p. 201. et s.
— *Quid* en cas de séparation de corps? I, p. 203, 204.
— Le consentement donné peut-il être révoqué? I, p. 204 et suiv.
— Alors que doit-il être fait? *Ibid.*
— La mort ou l'interdiction le révoquent. I, p. 206.
— *Quid* si la révocation n'est pas connue? I, p. 207.
— Des cas d'impossibilité pour les

ascendants d'exprimer leur volonté. — Avis du Conseil d'État p. 208 à 211.
— *Quid* si les ascendants sont interdits? I, p. 213 à 216.
— Le consentement des aïeux est il nécessaire? I, p. 217.
— *Quid* s'il y a dissentiment entre les aïeux des deux lignes? I, p. 219.
— Consentement nécessaire aux enfants mineurs par le conseil de famille. I, p. 250 et suiv.
— Consentement nécessaire aux enfants naturels ou adoptifs. I. p. 258.
— Aux princes. I, p. 264.
— Aux militaires et aux marins. I, p. 268.
— Aux esclaves. I, p. 271.

CONTRAVENTIONS QUI NE RENDENT PAS LE MARIAGE NUL. I, p. 517 et suiv.
— Neuf formalités qui précèdent ou accompagnent l'acte de mariage. I, p. 519.
— Production d'actes de naissance et autres pièces. I, p. 520 et suiv.
— Deux seuls prescrites à peine de nullité. — Mais pouvoir discrétionnaire des tribunaux. I, p. 521.
— Dispositions réglementaires ou impératives pour le second mariage d'une veuve. I, p. 522.
— Prescription des actes respectueux. I, p. 524.
— Nullités admises autrefois, non aujourd'hui. I. 528 et suiv.
— Différence entre les mariages clandestins et les mariages secrets. I. p. 529 et suiv.
— Les mariages *in extremis* valables. I, p. 532.
— Défaut de consommation ne nuit pas à la validité. I, p. 533.
— Nullités perpétuelles et irréparables. I. p. 535 à 540.
— Nullités temporaires et réparables. I, p. 541 à 545.

CONTUMACE.
— Il est seulement en état d'interdiction légale peut se marier. I, p. 172, 173.

CONVENTIONS MATRIMONIALES.
— De la dot chez les anciens peuples. I, p. 32 et suiv.
— Admise en France avec le droit romain. I, p. 33 et suiv.
— De la communauté. — Son origine et ses modifications. I, p. 35 et suiv.

CONVOI.
— Il n'est pas permis à la femme avant dix mois de veuvage. I, p. 69.
— Mais il n'y a pas de sanction pénale. I, p. 70.
— Il fait perdre à la mère l'usufruit légal. II, p. 575.
— Il lui fait perdre aussi la tutelle légale. II, p. 609, 610.

DÉMENCE.
— L'interdiction pour démence dispense du consentement des ascendants. I, p. 215.
— Que doit-on faire si l'interdiction n'a pas été prononcée? I, p. 215, 216.
— La démence autorise l'opposition au mariage même par des collatéraux. I, p. 297.
— La démence est-elle une cause de nullité du mariage? I, p. 515.

DÉSAVEU.
— Nécessité d'en restreindre les cas. II, p. 69.
— Droit ancien plus large sur la matière. II, p. 71.
— Trois cas de l'impossibilité de légitimité.
— 1er cas. — L'impossibilité physique. II, p. 72.
— Le dernier jour du terme est compris dans le délai. II, p. 73.
— De l'éloignement du mari. — Distance. — Silence de la loi. II, p. 74 et suiv.
— De la détention du mari. II, p. 76.
— La séparation de corps est un motif suffisant. II, p. 77 à 78.
— De l'impuissance individuelle postérieure au mariage. II, p. 79.

— 2e cas. — Impossibilité morale. II, p. 81 et suiv.
— Réunion de conditions exigée dans ce cas. II, *ibid.*
— Preuve de l'adultère, peuvent-elles être simultanées ou doivent-elles précéder l'action en désaveu? II, p. 85 et suiv.
— Aveu de l'illégitimité par la mère. II, p. 86.
— Pouvoir discrétionnaire des juges sur ce point. II, p. 87.
— 3e cas. — De l'impossibilité légale
— Naissance tardive. II, p. 88.
— Il faut que l'illégitimité soit demandée, et pouvoir discrétionnaire des tribunaux. II, p. 91.
— Naissance prématurée. II, p. 92.
— Il faut une action en désaveu. — Ses conditions. II, p. 93.
— 1re exception. — Connaissance de la grossesse par le mari avant le mariage. — La femme doit la prouver II, p. 96.
— Cas de fréquentation antérieure. II, p. 97.
— Cas d'enlèvement. II, p. 98.
— 2me exception. — Présence de l'époux à l'acte de naissance. II, p. 98-99.
— Toute autre reconnaissance directe ou indirecte de l'enfant repousse le désaveu. II, p. 100, 101.
— De la naissance antérieure au 180me jour de la dissolution du premier mariage. II, p. 101, 102.
— Dans ce cas pas de désaveu mais contestation de paternité. II, p. 103 à 104.
— Délai de l'action et comment doit-elle être formée? II, p. 104 à 105.
— L'enfant né huit mois après la dissolution du premier mariage appartient au second mari. II, p. 107.
— Si l'enfant n'est pas né viable, il n'y a pas de question II, p. 107.
— Mais comment reconnaître la viabilité? II, p. 108 à 109.
— Le désaveu peut-il être formé avant la naissance de l'enfant? II, p. 110.
— Le désaveu n'appartient qu'au mari ou à ses héritiers. II, p. 111. à 114.
— Qu'entend-on par le mot *Héritiers*? II, p. 114 à 119.
— Les héritiers présomptifs n'ont pas d'action. II, p. 118.
— Les héritiers l'ont même pour l'adultère. II, p. 119.
— L'action n'appartient ni à la mère, ni à ses héritiers, ni à l'enfant. II, p. 120.
— Délai de l'action. — Il n'y en avait pas dans l'ancien droit. II, p. 122.
— Délai fixé par le Code. II, p. 123.
— Le jour duquel le délai part ne compte pas. II, p. 124.
— La citation en conciliation quoique non exigée interrompt le cours du délai. II, p. 125.
— Si la naissance est équivoque, le délai ne court pas. II, p. 125, 126.
— Mais *quid* si l'acte de naissance désigne clairement la mère? II, p. 132.
— Si le père est absent le délai est double et ne court qu'à compter du retour. II, p. 129.
— S'il y a eu recel de la naissance, le délai ne court que du jour de la découverte. II, p. 231.
— Si le mari meurt avant l'expiration du délai, ses héritiers en ont un nouveau. II, p. 133.
— Du délai accordé aux héritiers. Deux cas. II, p. 133.
— La notification qui leur est faite le fait courir. II, p. 136.
— *Quid* en cas de naissance tardive? II, p. 137.
— Fins de non-recevoir contre les héritiers, leur reconnaissance. II, p. 139.
— Formes du désaveu. Autrefois il n'y en avait pas de spéciales. II, p. 141.
— Un acte extrajudiciaire de désaveu ne remplace pas la demande, et le délai court. II, p. 142, 144.
— *Quid* si l'enfant est majeur ou émancipé? II, p. 147.
— La mère doit être mise en cause, mais pour elle il n'y a pas de délai. II, p. 149.
— *Quid* si l'enfant meurt avant ou depuis l'instance? II, p. 149.
— Effets du jugement rendu sur le désaveu. II, p. 150.

DISPENSES. I, p. 51 et suiv.
— D'âge. I, p. 52 à 54.
— De parenté. I, p. 87 à 92.
—De publications. I. p. 368.
Voyez *Age*. *Parenté*, *Empêchements*, *Publications*.

DISPOSITIONS ENTRE EPOUX. II, p. 459 et suiv.
— Quotité des dispositions permises entre époux. II, p. 460 à 468.
—Leur forme : dons mutuels par le même acte sont prohibés. II, p. 461.
— Leur étendue autorisée. II, p. 463.
— Cas où le donateur n'a que des ascendants. II, p. 469, 475.
— Cas du concours d'un don fait à à l'epoux et à un enfant ou à un tiers. Controverse. II, p. 475, 484.
— Cas où le conjoint renonce au don d'usufruit. II, p. 483, 486.
— Donation entre époux pendant le mariage peut comprendre les biens à venir. II, p. 465.
— Quelle est la capacité de l'époux mineur pour disposer pendant le mariage. II, p. 466-467.
— Du don d'usufruit de la quotité disponible au conjoint. II, p. 485.
— Du don du quart en propriété ou de moitié en usufruit, à qui appartient l'option ? II, p. 486.
— La règle de l'art. 1098 profite à tous les enfants. II, p. 487.
— Cas où il n'existe pas d'enfants du premier lit. II, p. 489.
— Cas où les enfants du premier lit renoncent. II, p. 490.
— Pour demander la réduction il faut être héritier. II, p. 490 à 495.
— Cas où le don d'usufruit excède la quotité disponible. II, p. 495, 496.
—Cas où la disposition étant d'une portion d'enfant, les enfants d'un premier lit sont morts depuis l'acte. II, p. 497.
— Les dons entre époux pendant le mariage sont révocables. II, p. 499.
— Leur transcription est inutile. II, p. 501.
— Le bien dotal peut être donné entre époux. II, p. 501.
— Des modes de révocations expresses ou tacites. II, p. 502-503.
— Ces donations sont revoquées par les mêmes causes que les testaments. II, p. 505.
— Le sont-elles par la caducité ?— Arrêts opposés II, p. 507.
— Donation déguisée entre époux est-elle nulle ou seulement sujette à réduction. II, p. 508 à 510.
— La nullité n'est que relative. II, p. 511.

DIVORCE.
— Admis chez divers peuples anciens et modernes. I, p. 28 et suivantes.
— Non admis en France autrefois.
— Etabli en 1792 et autorisé par le Code civil. I. p 30 à 31.
— Aboli en 1816. I. p. 31. et II, p. 742 à 743.
— Divorcée pour cause d'adultère ne peut épouser son complice. I, p. 120.
—Mais voir I. p. 523, 524.
— Les divorcés peuvent-ils se remarier entre eux ? I, 522, 523.

DOL.
— Le dol vicie le consentement au mariage. I, p. 139.
— Il est une cause de nullité; mais l'époux peut seul la proposer. I, p. 603.

DOMICILE POUR LE MARIAGE.
— Il s'acquiert par six mois de résidence. I. p. 337.
— Le domicile des mineurs non émancipés et des interdits est celui de leur tuteur. I, p. 340.
— *Quid* si le domicile de résidence avait été légalement abandonné? I, p. 340.

DROITS ET DEVOIRS DES EPOUX. II, p. 339 et suiv.
— Droits et devoirs des époux. II, p. 339 et suivantes.
— La vie doit être commune? II, p. 341.
— Ils se doivent fidélité, secours, assistance. II, p. 341.
— Danger plus grand de l'infidélité de la femme. II, p. 343.

— Peine de l'adultère. V. *Adultère*.
— Assistance a un sens plus étendu que secours. II, p. 345.
— Une condamnation afflictive n'affranchit pas de ce devoir. II, p. 346.
— Protection à la femme, obéissance au mari. Ancien droit. II, p. 346 et suivantes.
— La résidence de la femme est celle du mari. II, p. 349.
— Lui fait-elle perdre la qualité de Française? II, p. 350-351.
— *Quid* si le mari n'a pas de résidence personnelle? II, p. 351-355.
— Le mari doit recevoir et traiter convenablement sa femme. II, p. 355 et suivantes.
— Des moyens coërcitifs contre la femme. II, p. 357-361.
— La femme partage les avantages de l'existence du mari. II, 446 et suivantes.
— Droits personnels. II, p. 449.
— Le mari est de droit tuteur de la femme interdite et celle-ci peut être nommée tutrice de son mari. II, p. 450.
— Droit du conjoint de s'opposer à l'adoption, et à la reconnaissance d'un enfant naturel. II, p. 451.
— Droits héréditaires. II, p. 452-453.
— Conditions conservatoires de leur exercice. II, p. 453-456.
— L'epoux fait-il les fruits siens? II, p. 467.
— Il ne les conserve pas s'il n'a pas rempli les formalités prescrites. II, p. 458.
V. les mots *Autorisation*, *Divorce*, *Séparation de corps*.

EMPÊCHEMENT DE MARIAGE.

— Des empêchements chez les anciens peuples. I, p. 8, 9.
— Chez les romains. I, p. 9 à 13.
— Dans le droit actuel chez les peuples modernes. I, p. 14, 16.
— Des empêchemens en France dans le droit ancien. I, p. 45 à 48.
— Les empêchements sont de deux sortes. I, p. 48.
— Première sorte, empêchements dirimants ou absolus. I, p. 49 et suivants.
— 1° de l'âge, de la puberté. — Droit ancien et droit nouveau. I, p. 50 à 52.
— Des dispenses d'âge. I, p. 52 à 54.
— 2° existence d'un autre mariage. I, p. 55 à 57.
— De la polygamie et de la polyandrie. I, p. 56.
— Peines contre le polygame et contre l'officier public. I, p. 57.
— Du second mariage du conjoint d'un absent. I, p. 59.
— Du second mariage des époux divorcés autrefois. I, p. 64.
— Du second mariage de l'étranger divorcé. I, p. 65, 69.
— Du second mariage de l'époux dont le conjoint est absent. I, p. 59.
— Du second mariage d'une veuve avant les dix mois. I, p. 69.
— Peines pour la violation de la règle. I, p. 70.
— 3° Parenté et alliance légitime ou naturelle en ligne directe. I, p. 71 et suivantes.
— Empêchement d'après le lévitique et suivant le droit romain. I, p. 73, 75.
— S'applique aussi à la parenté ou à l'alliance naturelle légalement prouvée. I, p. 75 à 80.
— Un mariage étant annulé, un des époux pourrait-il épouser l'enfant de l'autre? I, p. 83.
— 4° Parenté et alliance légitime ou naturelle en ligne collatérale. I, p. 83 à 95.
— Prohibition absolue entre frère et sœur. I, p. 85.
— Prohibition sauf dispenses entre alliés au même degré. I, p. 91 et suiv.
— Prohibition sauf dispenses entre oncles, grands-oncles et nièces, petites-nièces. I, p. 87, 93
— Loi de 1832 sur ces dispenses et instructions ministérielles. I, p. 91, 92.
— Les dispenses pourraient-elles être révoquées? I, p. 95.
— 5° L'adoption.
— Est un empêchement dirimant

ou absolu entre l'adoptant et l'adopté et leurs descendants ou alliés en ligne directe. I, p. 96.
— Entre l'adopté et les enfants de l'adoptant, et entre les enfants adoptifs du même adoptant. I, p. 96 et suiv.
— *Quid* entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant? I, p. 98. *ibid.*
— Mais pas de sanction pénale. I, p. 98, 99.
— 6° Mort civile. I, p. 100 à 113.
— Ses effets pour le mariage. I, p. 102.
— Le conjoint du mort civilement peut se remarier. I, p. 102 et suiv.
— *Secus* dans l'ancien droit. I, 103 et suiv.
— La grâce ne l'efface pas et n'éteint pas le droit du conjoint. I, p. 106.
— La revision l'efface même pour le passé. I, p. 110 et suiv.
— Empêchements non prévus par la loi civile. I, p. 113 à 135.
— 1° Impuissance physique. I, p. 114.
— Ancien droit. I, p. 115, 116.
— Distinction entre l'impuissance naturelle et l'accidentelle. I, p. 117.
— Arrêts sur la question. I, p. 118
— 2° L'adultère.
— Empêchement admis autrefois. I, p. 119.
— Aboli par les lois nouvelles. I, p. 120, 121.
— 3° Ordres sacrés.
— Empêchement admis dès le 12e siècle. I, p. 122.
— Aboli par les lois nouvelles. I. p. 123.
— Rétabli en 1814, existe-t-il aujourd'hui? — Controverse. I, p. 123, 124.
— 4° différence de religion et de couleurs.
— Admise par les Conciles et par un Edit de Louis XIV. I, p. 128 et suiv.
— Différence de couleurs admise dans le XVIIIe siècle et par le gouvernement impérial; mais controverse. I, p. 130.
— Non admises aujourd'hui.
— 5° Fiançailles.
— Empêchement admis autrefois mais pouvait être levé. I, p. 131.
— Non admissible aujourd'hui. I, p. 134.
— 6° Empêchements relatifs et accidentels. I, p. 135.
— Défaut des consentements nécessaires. I, p. 136.
Voy. aux mots *Consentement* et *Nullité*.

ENFANTS ADOPTIFS. I, p. 263-264.
Voy. aussi *Adoption*. *Consentement de leurs père et mère naturels et adoptifs.*

ENFANTS LÉGITIMES.
— Conditions qui leur sont imposées pour leur mariage. I, p. 181 à 250.
— Leurs devoirs envers leurs ascendants et droits de ceux-ci sur eux.
Voy. aux mots *Légitimité*, *Aliments*, *Consentement*, *Actes respectueux*, *Tutelle*, *Puissance paternelle*, *Légitimation*.

ENFANTS MINEURS.
— De la minorité quant au mariage. I, p. 251 à 256.
— Conditions auxquelles ils sont soumis. *Ibid.*
Voy. *Tutelle*, *Puissance paternelle*, *Consentement*, *Age*.

ENFANTS NATURELS.
— Peuvent-ils être reconnus pendant le mariage? I, p. 256 à 277.
— Légalement reconnus peuvent produire un empêchement au mariage. I, p. 71, 85.
Voy. au mot *Empêchement*.
— Ont besoin du consentement de leurs père et mère naturels pour le mariage. I, p. 258.
— S'ils sont mineurs sans père ou mère, il faut celui d'un tuteur *ad hoc*. I, p. 262.
— Les majeurs reconnus sont tenus des actes respectueux. I, p. 260.
— Quand et comment peuvent-ils être légitimés? I, p. 260.
Voy. au mot *Légitimation*.
— L'enfant naturel est soumis à

la puissance paternelle ou maternelle. II, p. 548.
V. au mot *Tutelle*, *Reconnaissance*, *Puissance paternelle*.

ERREUR.

—Sur la personne physique ou civile et sociale annule-t-elle le mariage? I, p 147-148.
V. au mot *Consentement*.

ESCLAVAGE.

— L'esclavage n'existait pas en France d'après l'usage. I, p. 271.
—Principe établi en règle en 1792. *Ibid.*

ESCLAVES.

— De leur condition dans les colonies. I, p. 271 à 273.
— L'esclavage n'existait pas en France. — Aboli en l'an 2 mais rétabli en l'an 10 dans les colonies. I, p. 271.
— Maintenu par la Charte de 1814. I, p. 272.
— Silence de la Charte de 1830. I, p. 272.
— Chez les Romains l'esclavage rompait le mariage. I, p. 273.
V. aux mots *Empêchements*, *Consentement*.

ETAT.

V. *Réclamation d'Etat*. — *Question d'Etat*.

FEMMES.

— Leur condition chez les divers peuples. I, p. 23, 24 et suiv.
— En France, la femme prend le nom du mari, et leur vie est commune. I, p. 27, 341.
— Sa condition. — Sa position sociale. II, p. 438, 439.

FIANÇAILLES.

—Produisaient autrefois un empêchement; mais il pouvait être levé. I, p. 134.
— Aujourd'hui cet empêchement n'existe plus.
V. au mot *Oppositions*. I, p. 135.

FORMALITÉS DU MARIAGE.

V. *Célébration*, *Mariage*.

IMPUISSANCE.

— Etait autrefois un empêchement au mariage. I, p. 114.
— Doit l'être aussi sous le droit actuel sauf difficultés des preuves. I, p. 117-118.
V. au mot *Empêchement et Nullité*.

INSENSÉS.

V. *Empêchement*.

INTERDICTION.

— N'est pas une cause d'empêchement au mariage. I, p. 172-173.
— Le consentement des interdits au mariage de leurs enfants n'est pas nécessaire. — Comment y y suppléer? I, p. 213-214.

LÉGITIMITÉ, FILIATION LÉGITIME.

— La légitimité naît du mariage. I, p. 2 et 181, et II, p. 155.
— L'enfant conçu pendant le mariage est de plein droit présumé légitime. II, p. 64.
— Deux termes de la naissance pour fixer la présomption de légitimité. II, p. 64 et suiv.
— Deux cas où la légitimité peut être contestée. — Motifs de ces deux cas. II, p. 68.
— Preuves de la filiation légitime. Trois genres de preuves. I, p. 151-152.
— Premier genre de preuves. Registres publics. II, p. 153.
— *Quid* si le mariage est contesté? V. au mot *Preuves du mariage*.
— Si le mariage est reconnu, il faut preuve de l'identité de l'enfant II, p. 156.
—Comment se contaste-t-elle? II, p. 157.
— Par qui doit être faite la déclaration de naissance. II, p. 159-160.
— Celle faite par d'autres ne fait pas foi. II, p. 161.
— Déclaration consignée sur une feuille volante fait-elle foi? II, p. 162.
—Deuxième genre de preuve. Possession d'état, sa définition. II, p. 163.
— Sa force dans l'ancien droit français. II, p. 163-167.
— Il faut qu'elle soit accompagnée de la possession de l'état d'époux par les père et mère. II, p. 165.

— Caractère de la possession d'état. II, p. 168.
— Les faits énoncés dans l'article 318 du Code ne sont qu'indicatifs. II, p. 171-173.
— La possession d'état sert à prouver la parenté collatérale. II, p. 173.
— Elle suffit à l'enfant quoique ses père et mère vivent, étant réunie à la preuve de la célébration du mariage. II, p. 176-181.
— Après leur décès, il suffit de prouver que les père et mère possédaient l'état d'époux ainsi que la possession d'état des enfants. II, p. 181.
— Preuve du décès des père et mère, à défaut d'acte. II, p. 183.
— L'enfant qui a titre et possession d'état ne peut en réclamer un autre. II, p. 184 et 191.
— L'état qu'il possède ne peut lui être contesté malgré les désordres des père et mère. II, p. 197-202.
— 3e genre de preuve. — Celle par témoins. II, p. 193 et suiv.
— La preuve testimoniale n'était pas admise isolément dans l'ancien droit. II, p. 194.
— Il fallait qu'elle fût accompagnée d'indices graves ou de commencement de preuve par écrit. II, p. 196 et suiv.
— Même chose sous le Code. II, p. 195.
— Ce cas diffère de celui de la possession d'état. II, p. 197.
— Trois conditions nécessaires pour l'admission de la preuve testimoniale. II, p. 198-200.
— Sens large attaché au commencement de preuve. Pouvoir discrétionnaire des tribunaux. II, p. 201 et suiv.
— Les indices graves doivent reposer sur des faits déjà constants. II, p. 202.
— Preuve contraire admissible, même celle que l'enfant n'est pas du mari de la mère. II, p. 207.

LÉGITIMATION. II, p. 1.
— Il y avait six modes de légitimation dans le droit romain. II, p. 3.
— Dans l'ancien droit français, il y avait deux modes. II, p. 6.
— 1° Le mariage subséquent. II, p. 7.
— Les mariages secrets ou *in extremis* ne légitimaient pas. II, p. 7.
— 2° La légitimation par lettres du prince qui a été abolie en 1791. II, p. 8-9
— Elle ne s'opère aujourd'hui que par mariage subséquent. II, p. 10.
— Ses conditions. II, p. 11.
— Elle n'a pas lieu pour les enfants adultérins ou incestueux, même faite en pays étrangers par lettres du prince. II, p. 13 et 15.
— *Quid* si les père et mère ou l'un d'eux ont ignoré le vice du mariage? II, p. 13 à 15.
— La légitimation s'opère par le mariage entre Français à l'étranger. II, p. 16.
— Mais non par celui d'une Française avec un étranger. II, p. 16-17.
— S'il y a doute dans le vice du commerce, la légitimation a lieu. II, p. 17.
— La nullité d'un mariage antérieur détruit le vice. II, p. 18.
— *Quid* de la légitimation d'un enfant entre personnes qui auraient pu autrefois se marier avec des dispenses? II, p. 19 à 26.
— *Quid* du cas où elles pourraient se marier aujourd'hui avec dispenses? II, p. 27-29.
— *Quid* s'il y a eu un mariage intermédiaire entre la naissance et l'acte de légitimation? II, p. 30-36.
— Un enfant né autrefois d'un prêtre peut-il être légitimé? II, p. 37-38.
— De la légitimation de l'enfant conçu avant l'âge du mariage. II, p. 38.
— Un mineur peut légitimer par mariage subséquent. II, p. 39-40.
— L'enfant mort civilement ne peut être légitimé. II, p. 40.
— La légitimation peut être faite par un mariage *in extremis*. II, p. 41.

— Elle peut l'être aussi par un mariage secret mais non clandestin. II, p. 42.
— De la légitimation d'un enfant reconnu par un autre père. — Question d'état préalable. II, p. 42-43.
— L'indication dans l'acte de naissance d'un autre père sans son consentement ne serait pas un obstacle à la légitimation. II, p. 43.
— *Secus* si un acte de mariage était produit. II, p. 44.
— L'adoption n'empêche pas la légitimation. II, p. 44-45.
— Peut-on légitimer un enfant malgré lui? II, p. 45 à 49.
— La légitimation peut s'opérer par le mariage d'un Français avec une étrangère. II, p. 50.
— *Secus* du mariage d'un étranger avec une Française ou entre étrangers. II, p. 50.
— Comment doit être faite la reconnaissance pour la légitimation? II, p. 51-53.
— La légitimation des enfants reconnus s'est opérée par le mariage des père et mère quoique mariés et morts avant le Code. II, p. 53-55.
— Le mariage fait avant le Code légitime même les enfants reconnus depuis. II, p. 57.
— Les enfants morts qui ont laissé des enfants peuvent être légitimés par mariage subséquent. II, p. 58.
— Même l'enfant mort civilement laissant des enfants. II, p. 59.
— La légitimation frauduleuse peut être attaquée. II, p. 60.

MARCHANDE PUBLIQUE.

— Femme mariée s'oblige, quoique non autorisée. II, p. 394.
— Femme mariée: conditions pour qu'elle soit marchande publique. II, p. 395.
— Si le mari est mineur il ne peut l'autoriser à faire le commerce. II, p. 419
— Si elle est mineure elle-même, il lui faut de plus l'autorisation de son père ou du conseil de famille. II, p. 419.
— Elle oblige son mari même par corps si elle est en communauté. II, p. 397.

MARIAGE.

— Contrat naturel. — Son origine suivant l'histoire religieuse et profane. I, p. 1 et suiv.
— Ses règles et ses privilèges chez les anciens peuples. I, p. 4, 5, 6 et suiv.
— La polygamie admise dans l'Orient, interdite dans l'Occident. I, p. 5 à 7, 23, 53.
— De la polyandrie. I, p. 53.
— La polygamie a fait établir les eunuques. I, p. 7.
— Quelles personnes pouvaient se marier autrefois?. I, p. 8 et suiv.
— Des empêchements admis alors. I, p. 12.
— De l'âge. I, p. 14.
— Des consentements nécessaires. I, p. 16.
— Cérémonies du mariage chez les divers peuples. I, p. 18 et suiv.
— Avantages du mariage religieux. I, p. 21 et suiv., 43 et suiv.
— Indissolubilité du mariage. I, p. 28 et suiv.
— Divorce et répudiation chez certains peuples, prohibés par le christianisme. I, p. 30 et suiv.
— But de l'institution du mariage; sa définition. I, 43 et suiv.
— Mariage civil séparé du mariage religieux. I, p. 43-44.
Voy. *Célébration du mariage*, *Consentement*, *Dispenses*, *Empêchements*, *Preuves du mariage*, *Nullités*, *Dissolution*.

MARIAGE PUTATIF.

— De la bonne foi des époux. I, p. 677-684.
— Les époux étant de bonne foi les enfants sont légitimes. I, p. 685.
— Même quand un seul le serait. *Ibid.*
— Mais celui qui ne l'est pas, n'a pas la puissance paternelle sur eux. *Ibid.*
— Le droit de successibilité se maintient pour les parents entre eux. I, p. 686.
— Si aucun des époux n'est de

bonne foi, les enfants n'ont que l'état d'enfants naturels. I, p. 687.
— Mais des aliments leurs sont dus, fussent-ils adultérins ou incestueux. I, p. 688.
— Mariage putatif légitime-t-il les enfants nés antérieurement? — Ancien et nouveau droit. p. 692-à 697.
Secus si au moment de la conception il y avait eu bigamie et que les époux eussent connu le vice. I, p. 697-698.
Voy. *Nullités de mariage.*

MÈRE.

Voy. *Actes respectueux*, *Consentement*, *Puissance paternelle.*

MILITAIRES ET MARINS.

— Dans l'ancien droit ils ne pouvaient se marier sans la permission de leurs supérieurs. I, p. 268.
— Mêmes règles sous l'empire et aujourd'hui. I, p. 268.
— Elles s'appliquent aux soldats désignés quoique non encore appelés. I, p. 269.
— Elle s'appliquent aussi aux marins. I, p. 269.
— Aux soldats des équipages. I, p. 269.
— Mariage des militaires à l'étranger. I, p. 432-433 et 434.
— Quel en est l'officier public? I, p. 435.
— S'il y a opposition quel tribunal la jugera. I, p. 435.
— *Quid* si le militaire est en congé en France? I, p. 436.
— Ou sous les drapeaux en France. Différents cas? I, p. 439.
— Expédition de l'acte fait à l'étranger doit être envoyée en France. I, p. 439 et 440.
— Voy. *Consentement*, *Célébration du mariage*, *Officier public.*

MINISTÈRE PUBLIC.

— Droit d'opposition au mariage appartient-il au ministère public dans certains cas? I, p. 302 et suiv.
— Ministère public doit-il agir en nullité du mariage dans les cas de l'article 184? I, p. 584.
— Il le peut dans celui de l'arti-191. I, p. 591.
— Sa faculté cesse dans les cas prévus par l'art. 185. I, *ibid.*
— Il doit agir si la bigamie est notoire. I, p. 586.
— Même en cas de mariage entre alliés au degré prohibé. I, p. 587.
— Son droit cesse à la mort de l'époux. I, p. 588.
— Il ne peut se pourvoir contre un jugement qui annule un mariage. I, p. 589-590.
— Ni attaquer le mariage d'une veuve fait avant les dix mois. I, p. 597.
— Ni celui contracté par un mort civilement. I, p. 598.

MINORITÉ POUR LE MARIAGE.

V. *Age*, *Consentement*, *Puissance paternelle.*

MORT CIVILE.

— Ses causes et l'époque où elle commence. II, p. 744 et suiv.
— Elle n'a pas lieu pendant les cinq ans de contumace. II, p. 745.
— Est un empêchement au mariage à faire et dissout celui qui existe. I, p. 102. II, p. 143 et suiv.
— Les enfants nés depuis sont enfants naturels mais non légitimes. II, p. 748.
— La grâce n'éteint la mort civile que pour l'avenir. II, p. 749.
— La révision l'éteint même pour le passé. II, p. 758.
— V. *Empêchement*, *Nullités*, *Contumace.*

NULLITÉS DU MARIAGE.

— Les absolues correspondent aux empêchements dirimants. I, p. 488.
— La mort civile est une cause. I, p. 491.
— L'absence des formalités et surtout de la publicité est une cause. I, p. 492 et suiv.
— Trois conditions substantielles pour la validité du mariage. I, p 495.

— En quoi consiste la publicité? I. p. 497.
— Qu'est-ce que la clandestinité? I, p. 507 et 509.
— De l'incompétence de l'officier public. I, p. 500.
— De la célébration hors de la maison commune. I, p. 502, 503.
— Du cas où aucun des contractants n'a les six mois de domicile exigés. I, p. 504.
— Défaut de capacité absolue du ministre du mariage, I, p. 513.
— Pouvoir discrétionnaire des tribunaux sur les cas de nullités du mariage. I, p. 508 et suiv.
— Les nullités relatives correspondent aux empêchements relatifs. I, p. 514 et suiv.
— Il y a nullité si le consentement n'est qu'apparent. I, p. 515.
— Si l'un des contractants est interdit pour démence. I, p. 515.
— Si l'on ne rapporte pas le consentement des ascendants, celui des maîtres quant aux esclaves, des administrateurs des hospices quant aux enfants trouvés. I, p. 516.
— Le défaut du consentement de l'adoptant ne produit pas nullité. I, p. 517.

NULLITÉS ABSOLUES.

—Du mariage et des actions en nullité. I, p. 549.
— Leurs causes I, p. 348.
— Celle du mariage des princes a lieu de plein droit. I, p. 548.
— Elle a lieu aussi de plein droit pour un mort civilement. I, *Ibidem*.
— Quant aux autres causes de nullité le mariage non attaqué subsiste. I, p. 550.
— Par qui les actions peuvent elles être formées? I, p. 551.
— Du défaut d'âge. I, p. 551-553.
— Quand cesse cette action. I, p. 554, 556.
— Le mineur devenu pubère peut il ratifier expressément? I, p. 556.
— De la bigamie. I, 560 à 580.
— La nullité ne peut se couvrir. — Le bigame même peut l'opposer. I, 560, 580.
— Il faut prouver l'existence du premier mariage au moment du second. I, p. 563.
— Si le conjoint du mort civilement se remarie, il n'y a pas bigamie. I, p. 564.
— L'étranger bigame peut être poursuivi civilement en France. I, p. 565.
— La prescription n'éteint pas l'action civile. I, p. 565.
— L'inceste est une cause de nullité, même quand il y aurait lieu à dispense. I, p. 566.
— Le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier public se couvrent. I, p. 567.
— Des demandes en nullité par les ascendants et par ceux qui y ont intérêt. I, p, 569 et suiv.
— Quel est le genre d'intérêt? I, p. 571.
— Ceux qui ont consenti au mariage n'ont pas d'action en nullité. I, p. 574 et suiv.
— Des successibles ne peuvent attaquer le mariage qu'après la mort de leur auteur. I, p. 579.
— Défaveur des collatéraux. I, p. 579.
— Faveur de l'époux délaissé par le bigame. I, p. 280.
— Si le premier mariage est contesté il faut d'abord juger la difficulté. I, p. 581.
— Deux cas où le ministère public doit ou peut exercer l'action en nullité. I, p. 582 et suiv.
— Ce droit cesse dans les cas prévus par l'article 285. I, p. 584.
— Il doit agir si la bigamie est notoire. I, p. 586.
— Même contre un mariage prohibé entre alliés. I, p. 587.
— Son droit cesse au décès de l'un des époux. I, p. 588.
— Il ne peut se pourvoir contre un jugement qui a maintenu le mariage. I, p. 589.
— Ni contre le mariage d'une veuve, contracté avant les dix mois. I, p. 597.
— Ni contre celui d'un mort civiment. I, p. 598.

NULLITÉS RELATIVES. I, p. 600 et suiv.
— Vice du consentement d'un époux: qui peut l'invoquer? I, p. 602, 604.
— Comment doit agir l'époux mineur? I, p. 606, 666.
— Le mariage subsiste jusqu'au jugement. I, *Ibid.*
— Si l'époux décède ses héritiers n'ont pas d'action. I, p. 609.
— Conditions et délai de l'action. I, p. 610, 613 et 636, 637.
— Exception du défendeur. I, p. 614.
— De quelle époque court le délai? I, p. 615.
— Du mariage contracté par un homme en démence. I, p. 618.
— De la ratification expresse. I, p. 619.
— Défaut de consentement des ascendants. I, p. 623.
— Peut être invoqué par l'enfant. I, p. 626.
— Ne peut l'être que par ceux dont le consentement est nécessaire. I, p. 627.
— L'action n'est pas transmissible quoique formée. I, p. 628, 629.
— L'action n'appartient qu'aux ascendants les plus proches. I, p. 630.
— La mère qui a survécu peut la former. I, p. 632.
— *Quid* pour les autres ascendants si les père et mère n'avaient pu exprimer leur volonté? I, p. 633.
— Si le mineur est en tutelle le conseil de famille peut agir. I, p. 633.
— La mort de l'enfant n'éteint pas l'action des ascendants, mais elle éteint celle du conseil de famille. I, p. 634, 635.
— Elle passe aux héritiers lorsque l'époux l'a formée. I, p. 634.
— De la ratification expresse et de ses conditions. I, p. 638.
— De la ratification tacite. I, p. 639, 641.
— La majorité des époux n'éteint pas l'action des parents. I, p. 643, 646.
— Elle éteint celle du conseil de famille. I, p. 645.
— L'action de l'époux cesse si les parents approuvent. I, p. 645.
— Cours du délai de l'action des parents pendant la minorité du conjoint et de celle de l'époux. I, p. 647.
— L'action de l'époux n'est admise que suivant les circonstances. I, p. 648.
— La ratification expresse ou tacite de l'époux éteint son action. I, p. 653.
— Mais elle ne peut être opposée aux parents. I, p. 654.
— Après le délai la nullité ne peut être proposée même par exception. I, p 654.
— Les actions en nullité doivent être formées contre tous les intéressés. I, p. 659.
— Des effets des nullités de mariage. I, p. 660.
— De la bonne foi des époux I, p. 661 et suiv.
— Pour la bonne foi il faut erreur grave et réelle. I, p. 665.
— La bonne foi doit consister dans l'ignorance du fait, non du droit. I, p. 665, 666.
— Cependant exemples d'erreurs de droit. I, p. 666, 669.
— En bigamie la bonne foi de l'autre époux se présume. I, p. 670.
— De même en inceste. *Ibid.*
— Les irrégularités de la célébration ne l'altèrent pas. I, p. 672.
— Le vice du mariage étant connu les époux doivent se séparer sur-le-champ I, p. 673.
— Les enfants nés depuis sont-ils légitimes? I, p. 673.
V. *Mariage putatif*, *Célébration*, *Contraventions*, *Ministère public*.

OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL.
— Fait les publications du mariage. I, p. 352-353.
— Reçoit la copie des oppositions au mariage, et celles des mainslevées, vise les originaux I, p. 306.
— Constate qu'il n'y pas d'opposition. I, p. 318.
— Celui du domicile de l'un des époux célèbre le mariage. I, p. 373.

— Pièces qu'il doit d'abord se faire représenter. I, p. 376-377.
— Les officiers de l'Etat civil hors du royaume sont, entre Français seulement, les agents diplomatiques. I, p. 408-412.
— Entre militaires, à l'étranger, ce sont les quartiers-maîtres, ou les commandants des corps détachés, ou les intendants militaires. I, p. 433-434.
— Peines contre l'officier public pour toutes contraventions aux règles prescrites. (C. civil, articles 192, 193.) II, p. 57 et 327.
V. *Célébration, Opposition, Publication.*

OPPOSITION AU MARIAGE. I, p. 273 et suiv.
— Dans l'ancien droit pas de règles précises. I, p. 274 à 275.
— Ses règles sous le Code. I, p. 275-276.
— Son but. p. 277.
— Peut être formée par un premier conjoint, mais non par le porteur d'une simple promesse. I, p. 278.
— Par les ascendants dans l'ordre de leur parenté. p. 280 à 282.
— Par la mère si on ne la consulte pas, malgré le consentement du père. I, p. 282.
— L'acte d'opposition des ascendants n'a pas besoin d'être motivé. I, p. 285.
— Mais les motifs doivent être exposés devant les tribunaux. I, p. 286.
— Quels sont les motifs légitimes? I, p. 288 et suiv.
— Mais voir p. 291.
— Les oppositions des autres parents doivent être motivées. I, p. 293.
— Seuls parents qui soient admis à les former. I, p. 293.
— Les alliés ne le peuvent. I, p. 296
— Deux seules causes d'opposition par les collatéraux :
— Démence ou défaut de consentement du conseil famille. I, p. 297
— Dans le cas de démence le tribunal peut-il prononcer sur le champ ou surseoir? I, p. 298.
— *Quid* si l'opposition émane d'un ascendant? I, p. 299.
— Dans les deux cas le tuteur ou curateur du futur conjoint peut former opposition. I, p. 301.
— *Quid* à l'égard de l'interdit ou de celui qui a un conseil judiciaire?
— Le droit d'opposition appartient-il au ministère public? I, p. 302 et suiv.
— Formalités des oppositions. I, p. 305 et suiv.
— A qui doivent-elles être signifiées? I, p. 306 et suiv.
— Doivent-elles être signées par l'opposant? I, p. 309 et suiv.
— Une élection de domicile y est nécessaire. I, p. 310 à 314.
— Insertion qu'elles doivent contenir. I, p. 312 et suiv.
— Le défaut des conditions prescrites rend l'opposition nulle. I, p. 313.
— Mais le juge doit prononcer. I, p. 317-318.
— Main-levée des oppositions. I, p. 318.
— Malgré main-levée si le motif de l'opposition est d'ordre public l'officier public peut refuser la célébration. I, p. 318.
— Demande en main-levée est dispensée de citation en conciliation. I, p. 319.
— Quel est le tribunal compétent? I, p. 319 et suiv.
— Délai pour le jugement. I, p. 321 et suiv.
— Le jugement par défaut est-il susceptible d'opposition? I, p. 328.
— L'appel est suspensif. I, p. 329 et suiv.
— Dommages et intérêts contre l'opposant. I, p. 332 et suiv.
Voy. aux mots *Célébration, Mariage, Ministère public, Officier public.*

ORDRES SACRÉS.
— Sont-ils un empêchement au mariage? I, p. 122-124.
Voy. au mot *Empêchement.*

PÉCULE.
— C'est le gain fait par le fils, du consentement au moins tacite du père, par un travail ou un négoce particulier. II, p. 558-559.

— Le père n'a pas l'usufruit des biens donnés au fils sous cette condition. *Ibid*, p. 561.
— Mais il a l'administration des biens donnés. II, 560-561.
Mais V. *Emancipation*, *Usufruit légal*.

PÈRE.

V. *Actes respectueux*, *Consentement*, *Puissance paternelle*.

POLYGAMIE.

— Admise chez les anciens peuples. I, p. 56, 57.
— Peines contre le polygame. I, p. 57.
V. *Mariage*.

POSSESSION D'ÉTAT.

— Sa définition et ses caractères. II, p. 163.
— Ses caractères principaux. II, p. 169 et suiv.
— Elle suffisait dans le droit romain. II, p. 163, 167.
— Ses effets dans l'ancien droit Français. II, p. 166.
— Insuffisante pour les époux dans le droit actuel. I, p. 445.
— Elle suffit à l'enfant même quand les père et mère sont vivants, en y joignant la preuve de la célébration du mariage. II, p. 176, 181.
— Après leur décès la possession d'état conforme à l'acte de naissance suffit-elle à l'enfant? II, p. 183.
— Caractère de la possession d'état des époux. II, p. 183.
— De l'admission de la preuve de la possession d'état par l'enfant. II. 187 et suiv.
— Il faut qu'elle porte aussi sur la possesion d'état de ses père et mère comme époux. I, p. 483, et II. 168, 176.
V. *Légitimité*. *Preuves*.

PREUVES DU MARIAGE.

— Formalités et preuves du mariage en France et à l'étranger. I. p. 335 et suiv.
— Nécessité et importance des preuves du mariage. I, p. 440.
— Plusieurs genres de preuves dans l'intérêt des époux. I, p. 441.
— 1er genre Registres publics exigés pour les époux. I, p. 443 et suiv.
— La possession d'état ne leur suffit pas, à moins que le mariage n'ait été celébré à l'étranger. I, p. 445.
— Acte de mariage sur une feuille volante serait insuffisant sans de graves circonstances. I, p. 447.
— Il suffit réuni à la possession d'Etat? I, p. 448.
— *Quid* s'il n'y a pas de possession d'Etat. I, p. 449.
— Ou si le mariage était vicieux dans son essence? I, p. 450.
— *Quid* si le mariage avait pu se faire avec dispenses? I, p 450, 451.
— Des preuves supplétives de l'acte de célébration. I, p. 452.
— S'il n'y a pas eu de registres ou qu'ils aient disparu. I, p. 454.
— Comment s'établit leur non existence ou leur perte? I, p. 455.
— Alors comment se fait la preuve de l'état? I, p. 456 à 466.
— La suppression de la feuille volante serait un delit? I, p. 467.
— Preuve supplétive du mariage par une instruction criminelle. I. p. 467.
— Preuve légale du mariage par une instruction criminelle. I, p. 468, 469.
— Quand l'auteur du délit est vivant on ne peut opter pour l'action civile. I, p. 469.
— Après sa mort elle est la seule, mais n'appartient qu'au procureur du roi. I, p. 471.
— Après la mort d'un des époux toute personne intéressée peut provoquer l'action criminelle si le coupable est vivant. I, p. 471.
— Le jugement prouvant le mariage sera inscrit sur les registres publics. I, p. 472.
— Toutes les preuves admissibles pour les époux le sont pour les enfants. I, p. 473.
— Seulement s'il y a eu attentat contre l'Etat, il faut d'abord une action civile sur l'Etat I, p. 474 et suiv.

— La possession d'Etat suffit aux enfants après le décès de leurs père et mère. I, p. 477 et suiv.
— Signature de l'acte de naissance par le père vaut reconnaissance. I, p. 479.
— Si l'un des père et mère existe, mais ne peut exprimer sa volonté, la possession d'Etat suffit-elle aux enfants? I, p. 480 et suiv.
— L'enfant doit prouver une double possession d'état, celle des père et mere comme époux, et la sienne comme enfant légitime. I, p. 483.
— Faits principaux de cette possession d'Etat. I, p. 485.
— Des changements de noms. I, p. 48.

PROMESSE DE MARIAGE.

— N'est pas empêchement au mariage avec un autre. I, p. 134, 278.
—Mais peut donner lieu à des dommages-intérêts dans certains cas. I, p. 143.
V. *Formalités*, *Empêchements*.

PRINCES.

— De leurs mariages dans l'ancien droit. I, p. 265.
— Sénatus-Consulte sur leurs mariages. I, p. 266.
— Statut impérial sur cet objet. I, p. 266.
—Ordonnance royale sur leurs formes. I, p. 267.

PUBLICATION DU MARIAGE. I. p. 351, 360.

— Par qui doit-elle être faite ?
— Quel jour, en quel lieu ?
— Exemple de mesures de prudence à prendre par l'officier public. I, p. 351, 352.
— Elle doit être faite au domicile de résidence et même au domicile légal. I, p. 360.
— Quant aux mineurs pour le mariage elles doivent être faites au domicile des parents dont le consentement est nécessaire, ou pour les mineurs de 21 ans, au lieu où se réunit le conseil de famille. I, p. 361-362.
— Formes des publications et leur affiche. I, p. 363-368.
—Dispenses de la seconde publication par le Procureur du Roi pour causes graves. I, p. 367.
—Les publications sont-elles constatées sur des registres? — Leur depôt. I, p. 369.
— Après un an elles doivent être renouvelées. I, p. 370.
V. au mot *Célébration du Mariage*.

PUISSANCE MARITALE.

V. *Autorisation*, *Droits respectifs des époux*, *Mariage*.

PUISSANCE PATERNELLE.

— Son origine. — Sa cause. II, p. 513.
— Son étendue chez les Romains. II, p. 514.
— Son étendue en France autrefois. II, p. 515.
—Abolie en 1792. II, p. 515.
— Rétablie mais modifiée par le Code civil. II, p. 516.
— Base de la puissance paternelle parmi nous et sa durée. II, p. 517-518.
—Sa suspension dans certains cas. II, p. 519.
— Elle s'éteint par l'émancipation ou la majorité. II, p. 519-522.
— Divers modes d'émancipation, II, p. 520-521.
— Elle appartient au père pendant le mariage, ou, s'il ne peut l'exercer, à la mère. II, p. 522-523.
— Ses effets principaux. II, p. 524.
—1re obligation de l'enfant résidant chez le père. II, p. 525.
— *Quid* en cas de mauvais traitements? II, p. 526.
— Exception en cas d'enrôlement. II, p. 527.
—2e effet.—Droit de correction. II, p. 529-530.
— Aboli en 1792. — Système nouveau sous le Code. II, p. 530-531.
— Détention par autorité : ses cas, ses formes et sa durée. II, p. 532.
—Lieu de la détention. II, 533-534.
— Détention par voie de réquisition.—Ses cas et ses formes. II, p. 534-536.
—*Quid* si la mère est remariée? II, p. 538.

— Le droit de correction n'appartient pas aux ascendants. II, p. 538.
— Le tuteur et le conseil de famille peuvent provoquer la détention. *Ibid.*
— Son exercice ne doit pas laisser de traces. II, p. 539.
— De la récidive de l'enfant. II, p. 540.
— Doit-on consigner des aliments? II, p. 541.
— Cas où la détention est révoquée. — Le juge doit intervenir. II, p. 542-543.
— Pourvoi de l'enfant détenu. II, p. 544.
— N'est admis que dans le cas de la voie de réquisition. II, p. 545.
— 3e effet de la puissance. — Dépendance de l'enfant pour son éducation. II, p. 547.
— Les père et mère peuvent être privés de ce droit. II, p. 548.
— L'enfant naturel est soumis à la puissance du père ou de la mère, mais duquel des deux? II, p. 549.
— L'enfant à 18 ans est libre de s'enrôler. II, p. 551.
— 4e effet de la puissance. — Usufruit légal. (V. ce mot.)
V. aussi *Consentement.*

QUESTION D'ÉTAT.

V. *Réclamation*, *Substitution*.
— L'action en réclamation d'état appartient à l'enfant et à ses héritiers. II, p. 211.
— Elle est imprescriptible pour l'enfant. II, p. 212.
— Il ne peut y renoncer. II, p. 214.
— Mais il peut laisser acquérir à un jugement la force de la chose jugée. II, p. 214.
— L'état usurpé ne peut s'acquérir par prescription. II, p. 216 218.
— Ses avantages pécuniaires se prescrivent. II, p. 218.
— L'imprescriptibilité du droit ne s'applique pas aux héritiers. II, p. 219.
— Fins de non recevoir contre leur action. II, p. 221 :
1° S'il est décédé sans agir pendant les 5 ans de sa majorité;
— Mais ils peuvent suivre l'action intentée par l'enfant. II, p. 220-223.
— Ils peuvent aussi agir si l'enfant est décédé mineur ou avant les 5 ans de sa majorité. p. 221.
— 2° S'il s'est désisté après avoir agi. II, p. 224.
— Le désistement d'un enfant majeur mais non celui d'un mineur vaut contre ses héritiers. II, p. 224.
— 3° Si après avoir agi il est resté 3 ans sans poursuivre. p. 225.
— Cette péremption n'est pas celle du Code de procédure. II, p. 227 et suiv.
— L'action recevable appartient, d'ailleurs, à tous les ayants-cause de l'enfant. II, p. 233-235.
— Des personnes qui peuvent contester l'état. II, p. 236 et suiv.
— Cas où l'état ne peut être contesté. II, p. 237.
— Lorsqu'il peut l'être, il faut un intérêt né et actuel. II, p. 238 et suiv.
— Pour les ascendants il suffit d'un intérêt d'honneur et de devoir. II, p. 241.
— La chose jugée n'a de force que contre les parties au jugement. II, p. 243.
— Dans le doute la possession détermine. II, p. 243.
— Compétence des tribunaux pour ces questions. II, p. 244.
— Tribunaux civils doivent d'abord juger l'état. II, p. 246.
— Après le jugement s'il y a eu suppression d'état, l'action criminelle a lieu. II, p. 247.
— Cas où l'action criminelle doit précéder l'action civile, diverses espèces. II, p. 249 et suiv.
— Pour la suppression de la personne, il n'y a lieu qu'à l'action criminelle. II, p. 252.
— Cas de substitution d'enfant ou de suppression de part. II, p. 253.
— Le tribunal civil doit être celui du défendeur. II, p. 253.

RAPT. I, p. 154-155.

Se confond avec la violence ou l'erreur. — V. au mot *Consentement.*

RECONNAISSANCE D'ENFANTS NATURELS.

— Faite pendant le mariage ne peut nuire à l'époux et aux enfants nés du mariage. II, p. 255-256.
— *Quid* si ceux-ci sont de plusieurs mariages? II, p. 271.
— S'il ne reste pas d'enfants du mariage elle produit effet. II, p. 256.
— Mais non contre l'époux pour les dons contractuels. II, p. 259-260.
— Quant aux dons entre époux pendant le mariage ils sont réductibles. II, p. 260-268.
— *Quid* si l'époux succédait? p. 262.
— La reconnaissance judiciaire pendant le mariage produit effet. II, p. 263-266.
— Faite après le mariage fait concourir l'enfant naturel. II, p. 266-267.
— La mère peut reconnaître sans l'autorisation de son mari. II, p. 268.
— Le mineur, le pourvu d'un conseil judiciaire, peuvent reconnaître. II, p. 268.
— La reconnaissance pendant le mariage donne droit aux aliments. II, p. 269.
— Deux époux peuvent reconnaître pendant le mariage un enfant commun né avant. II, p. 270.
— L'un des époux ne peut faire un legs ou don à son enfant naturel. II, p. 273.
— Toute reconnaissance peut être contestée par les intéressés, même par l'enfant reconnu. II, p. 276-277.
— *Quid* des preuves à exiger de ceux qui contestent? II, p. 277.

RÉSERVE LÉGALE.

— Des différents systèmes sur la faculté de disposer de ses biens après sa mort. II, p. 660-663.
— Réserves légales dans le droit actuel. II, p. 664-666.
— L'enfant décédé est représenté par ses descendants II, p. 666-667.
— L'enfant qui renonce compte pour le calcul de la réserve, et sa part accroît aux autres enfants. II, p. 667-669.
— Formes de la renonciation. II, p. 669-670.
— Le mort civilement et l'absent ne comptent pas. II, p. 670.
— L'indigne ne fait pas nombre. II, p. 671.
— L'enfant légitime compte et a droit à la réserve. II, p. 671.
— L'enfant naturel y a droit pour une portion. II, p. 672.
— Quelle quotité? II, p. 672-674.
— De la réserve légale des ascendants. Elle est nulle s'il y a des frères et sœurs. II, p. 676-677.
— Cas où ceux-ci sont indignes, incapables ou absents. II, p. 677 à 681.
— *Quid* s'ils renoncent ou sont exhérédés? II, p. 682 à 689.
— Cas où les biens libres sont suffisants pour la réserve. II, p. 682 et suiv.
— Cas où les ascendants renoncent. II, p. 682.
— Le tiers attribué en usufruit au père n'est pas une réserve légale. II, p. 686.
— Quels sont les biens qui contribuent à la réserve légale? II, p. 687 à 689.
— L'achalandage d'une maison de commerce entre dans la masse. II, p. 689.
— Y entrent aussi les créances même douteuses. II, p. 689.
— Tout ce qui est sujet à imputation y entre. II, p. 690 à 695.
— Même les valeurs données à un insolvable: et sur qui frappe l'insolvabilité? II, p. 691 à 698.
— Objet qui n'y entrent pas. II, p. 691.
— Mode du rapport du mobilier et des immeubles. — Distinction. p. 693 à 694.
— Dettes à déduire pour le calcul. II, p. 694-695.
— Tout ce qui est sujet à rapport y entre. — Même les dettes payées pour l'enfant. II, p. 696.
— Réduction des libéralités pour la réserve. — Trois classes. II, p. 698-699.

— Ordre des réductions. II, p. 700, 701.
— Réduction proportionnelle de tous les legs. II, p 702-703.
— Mode des rapports à faire par les successibles. II, p. 703 et suiv.
— Question relative au donataire successible qui renonce. — *Controverse.* — Dernière jurisprudence. II, p. 707 à 723.
— Tous ceux qui ont droit à la réserve peuvent demander la réduction. II, p. 724.
— L'héritier à réserve est-il tenu de faire inventaire? II, p. 725 et suiv.
— Les enfants adoptifs ont droit à la réserve. — Ils peuvent faire réduire les donations antérieures à l'adoption. II, p. 727 à 730.
— La réduction peut être admise même contre des tiers détenteurs. — Mais cas où les libéralités étaient déguisées. II, p. 731 et s.
— Le tiers détenteur peut demander la discussion du donataire. II, p. 733.
— Cas où le donataire est insolvable II, p. 736.
— Des jouissances des biens sur lesquels porte la réduction. II, p. 738.
— Le donataire évincé a-t-il un recours contre les acquéreurs postérieurs? II, p. 739.
— Prescription de l'action sur la réserve. II, p. 740.

SÉPARATION DE CORPS.

— Ses avantages sur le divorce. II, p. 753-755.
— Elle était méconnue chez les Romains. II, *Ibidem*.
— Causes admises aujourd'hui pour la séparation de corps. II, p. 757, 758 et suiv.
— Causes rejetées par le droit actuel. II, p. 759-760.
— 1re cause admise, l'adultère. II, p. 761.
— De l'adultère du mari.—Circonstances exigées par la loi. II, p. 763. 766.
— De l'adultère de la femme et de ses preuves. II, p. 764-765.
— De l'action du mari coupable lui-même. II, p. 765.
— 2e cause, excès, sévices, injures graves. II, p. 767.
— Qu'entend-on par excès? II, p. 766.
— Qu'entend-on par sévices? II, p. 769.
— Qu'entend-on par injures graves? II, p. 770.
— 3e cause, condamnation à des peines infamantes. II, p. 775.
— Quelles sont ces peines? II, p. 776.
— De la commutation et de la réhabilitation; différence. II, p. 777.
— De la condamnation antérieure au mariage. II, p. 777-778.
— De quelques autres causes de séparation. II, p. 778 à 780.
— Fin de non-recevoir contre l'action en séparation. II, p. 780 et suiv.
— La réconciliation est la seule admise par la loi.— Ses caractères. II, p. 781 à 785.
— Elle éteint l'action, même le jugement. II, p. 785.
— Elle ne peut être invoquée par l'époux qui a de nouveaux torts. II, p. 785 et suiv.
— Mode des poursuites en séparation de corps. II, p. 787-788.
— Tentative de réconciliation seulement devant le président du tribunal. II, p. 789 et suiv.
— L'autorisation du président suffit à la femme pour agir. II, p. 795.
— La cause doit être jugée en audience ordinaire. II, p. 798.
— Témoins parents, domestiques, donataires, peuvent être entendus. II, p. 798.
— Des mesures provisoires à prendre pendant l'instance. II, *ibid.*
— Preuves écrites ou testimoniales nécessaires. II, p. 799-801.
— Y a-t-il lieu à sursis en général? II, p. 801.
— De l'administration provisoire des enfants. II, p. 801 et suiv.
— De la résidence de la femme pendant l'instance. II, p. 804-805.
— Scellés et inventaire autorisés en cas de communauté. II, p. 805.

—Des effets des séparations de corps. II, p. 807-808.
—On confie l'administration définitive des enfants, suivant leur plus grand intérêt, au père ou à la mère. II, p. 809-811.
— Le mari peut faire cesser la condamnation de la femme en la reprenant. II, p. 814.
—Effets de la séparation quant aux biens. II, p. 815 et suiv.
— Les époux, quoique séparés, se doivent des aliments. — Mesures pour les assurer. II, p. 816.
— La femme séparée peut, sous tous les régimes, toucher ses capitaux, mais non les aliéner par des obligations. II, p. 819.
—Quant aux immeubles même paraphernaux, elle a besoin d'autoration pour les aliéner. II, p. 820.
— Les obligations contractées par le mari depuis la demande sont nulles, s'il y a fraude. II, p. 821.
— La séparation de corps prive-t-elle le défendeur des avantages matrimoniaux? — Controverse.
— Oui d'après la dernière jurisprudence. II, p. 822 à 832.
— Comment cesse la séparation de corps? II, p. 832 et suiv.
— Faut-il le consentement de l'époux condamné?— Controverse. —Solution affirmative. II, p. 835-838.
— La séparation cessant, la puissance maritale renaît. II, p. 839.
— Mais les actes faits pendant la séparation sont maintenus. II, p. 839.
— Pour rétablir la communauté, il faut un acte authentique et public. II, p. 840.

SUBROGÉ-TUTEUR.

— La loi n'en établit pas pour surveiller pendant le mariage l'administration des biens des enfants, qui est confiée au père. II, p. 589.
—Mais après la dissolution du mariage tous les tuteurs, même les père et mère, sont soumis à la surveillance d'un subrogé-tuteur. II, p. 634.

SUPPRESSION D'ÉTAT.

V. *Question d'Etat.*

TUTELLE.

— Elle est de droit naturel. II, p. 577.
— Sa durée chez les Romains. II, p. 577-582.
— Sa durée en France, *Ibid*, p. 578 et suiv.
— La tutelle testamentaire était préférée chez les Romains. II, p. 581.
—Si le père ne nommait pas de tuteur, la tutelle appartenait aux parents les plus proches. II, p. 581.
—Les femmes étaient exclues, sauf la mère et l'aïeule. II, *ibid.*
— En France, les tutelles étaient datives, sauf celle de la mère. II, p. 582.
— En Auvergne, l'aïeul paternel était préféré à la mère. II, p. 583.
— Celle-ci perdait la tutelle par le convol. II, p. 583.
— L'administration du père pendant le mariage n'est pas une tutelle. II, p. 586.
— Elle ne produit pas d'hypothèque légale. II, p. 587.
— L'inconduite du père lui fait perdre la tutelle. II, p. 589.
— Le père naturel n'a pas l'administration légale. II, p. 589.
— L'administration légale cesse par l'émancipation. II, p. 590.
— De la tutelle légitime des père et mère. II, p. 590-591.
— Appartient-elle aux pères et mères naturels? — Controverse. II, p. 592 et suiv.
— La tutelle légale appartient à la mère légitime. II, p. 594.
— *Quid* si le père et la mère sont incapables? II, p. 595-596.
— Un étranger ne peut être tuteur en France. II, p. 597.
— Père et mère mineurs peuvent être tuteurs. II, p. 598.
— Le mineur pubère à l'émission du Code civil n'est pas tombé en tutelle. II, p. 599.
— La tutelle est une charge publique que le père ne peut refuser sans cause. II, p. 600.
— La mère peut la refuser; mais si elle l'a acceptée elle ne peut s'en démettre. II, p. 601.

— En cessant d'être tuteurs sans destitution les père et mère conservent la puissance et l'usufruit légal. II, p. 602.
— Du conseil de tutelle nommé à la mère. II, p. 603.
— Ce conseil n'est pas responsable des actes qu'il autorise. II, p. 604.
— Du curateur au ventre. — Ses fonctions. II, p. 605 à 608.
— La mere en se remariant perd la tutelle légale. II, p. 609-610.
— Les actes qu'elle fait ensuite sont valables ou nuls selon l'intérêt des mineurs. II, p. 611-612.
— La mère remariée peut être nommée tutrice. II, p. 613.
— Si le conseil de famille n'est pas convoqué avant le second mariage, le mari est responsable de la gestion même antérieure. II, p. 614-615.
— S'il est convoqué il ne répond que de la gestion postérieure. II, p. 616-617.
— Hypothèque légale des mineurs sur la mère et sur son second mari. II, p. 615.
— La tutelle conservée à la mère est soumise aux conditions prescrites par le conseil de famille. II, p. 617.
— Tutelle conférée par les père et mère et par le survivant quoique mineur. II, p. 618.
— Elle n'est pas sujette à confirmation. II, p. 621.
— Le père ou la mère destitués de la tutelle ne peuvent choisir un tuteur. II, p. 622.
— Ni la mère remariée quoique maintenue dans la tutelle. II, p 623.
— Le tuteur nommé peut-il refuser? II, p. 624.
— Il peut être révoqué expressément ou tacitement par celui qui l'a nommé. II, p. 625.
— Si la mère qui l'a nommé convole il faut que le conseil de famille le confirme. II, p. 626.
— Les exclusions prévues par la loi s'appliquent à cette classe de tuteurs. II, p. 627.
— Le père ou la mère, quoique non tuteurs, peuvent en nommer un même deux. II, p. 628.
— De la tutelle des ascendants. II, p. 629.
— Cas où elle a lieu, et quels ascendants y ont droit ? II, p. 631.
— Les ascendants, sauf la mère, n'ont pas droit à la tutelle légitime. Les aïeules peuvent être appelées à la tutelle dative. La tutelle légitime appartient aux aïeux ascendants les plus proches au degré. Mais les ascendants paternels sont préférés. II, p. 632.
— S'il y a deux bisaïeuls de la ligne maternelle le conseil de famille choisit. II, p. 633.
V. *Puissance paternelle*, *Convol*, *Consentement*.

USUFRUIT LÉGAL.

— L'usufruit légal est un effet de la puissance paternelle. II, p. 552-553.
— Il diffère de la garde admise dans l'ancien droit. II, p. 553.
— Il a de l'analogie avec l'ancien usufruit paternel. II, p. 554.
— Mais il appartient aussi à la mère, non aux aïeux. II, p. 555.
— Il s'étend à tous les biens de l'enfant. II, p. 556-557.
— Cependant actions de la banque, pécule et dons auxquels il ne s'applique pas. II, p. 557-559.
— Des cas d'indignité ; autre exception. II, p. 561.
— *Quid* de la mère indigne ? II, p. 562.
— L'indignité ne prive pas de l'administration des biens. II, p. 563.
— Le divorce produisait aussi une exception. — *Quid* de la séparation de corps? II, p. 564.
— L'usufruit légal cesse par l'émancipation. II, p. 569-570.
— Les créanciers de l'usufruitier légal peuvent-ils l'accepter pour le père, s'il y renonçait, ou se plaindre de l'effet que produit l'émancipation. II, p. 570 à 572?
— La destitution de la tutelle légale prive le père et la mère de l'usufruit légal. II, p. 573.

— Convol de la mère la prive de l'usufruit légal. II, p. 575
— De la mort civile et des autres causes accidentelles de la privation de cet usufruit.
— Si elles cessent l'usufruit légal se recouvre-t-il? II, p. 575-576.
— Charges de l'usufruit légal. II, p. 566 et suivantes.
— Inventaire exigé. II, p. 566.
— Soin des enfants. II, p 566-567.
— Paiement des intérêts et arrérages arriérés. II, p. 567-568.
V. *Puissance paternelle*, *Convol*.

VIOLENCE.

V. *Nullité*, *Consentement*, *Empêchement*.

FIN DU TRAITÉ DU MARIAGE.

Riom, imprimerie de E. Leboyer.

APR 28 1944